

**DADERSCHAP BIJ WETTELIJKE STRAFRECHTELIJKE ZORGPLICHTBEPALINGEN**  
**OVER HET GEDRAGINGSBESTANDDEEL 'ZORGEN' IN HET MATERIËLE STRAFRECHT**

B.J.V. Keupink

Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen  
Over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht  
B.J.V. Keupink

ISBN: 978-90-5850-615-3

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers  
Postbus 31051  
6503 CB Nijmegen  
[www.wolfpublishers.com](http://www.wolfpublishers.com)

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 882, 1180 AW te Amstelveen. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© WLP, B.J.V. Keupink, 2011

**DADERSCHAP BIJ WETTELIJKE STRAFRECHTELIJKE ZORGPLICHTBEPALINGEN**  
OVER HET GEDRAGINGSBESTANDDEEL 'ZORGEN' IN HET MATERIËLE STRAFRECHT

*ACTUS REUS AND PENAL DUTIES OF CARE*  
*ON 'TAKING CARE' IN SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW*

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op gezag van de rector magnificus Prof.dr. H.G. Schmidt en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op donderdag 17 februari 2011 om 11.30 uur door Bart Johan Vincent Keupink geboren te Dordrecht



## **PROMOTIECOMMISSIE**

Promotor:

Prof.mr. P.A.M. Mevis

Overige leden:

Prof.mr. H. de Doelder

Prof.mr. F.W. Bleichrodt

Prof.mr. Th.A. de Roos

## VOORWOORD

Vanaf februari 2003 heb ik aan de Rotterdamse rechtenfaculteit veel mogen opsteken. Dat deed ik eerst als student-assistent bij de sectie financieel recht. Hoewel ik altijd de ambitie heb gehad na mijn rechtenstudie de advocatuur in te gaan, is tijdens en door mijn student-assistentschap toch ook de gedachte ontstaan dat, indien de mogelijkheid zich zou voordoen, ik de kans zou moeten grijpen promotieonderzoek te verrichten. In augustus 2005 is mij de eer te beurt gevallen te worden aangesteld als wetenschappelijk docent bij de sectie strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Per 1 januari 2006 mocht ik vervolgens aan de slag als promovendus.

Niet zonder invloed is het advies geweest dat mij als beginnend en zoekend promovendus door een niet nader te noemen hoogleraar werd meegegeven: 'een proefschrift is tegenwoordig dát, wat je in vier jaren kan schrijven.' Gelukkig mag een promovendus binnen die vier jaren naast zijn onderzoek veel publiceren en onderwijs verzorgen. In de laatste twee bezigheden is verrassend veel plezierige en leerzame tijd gaan zitten. Een ander tijdrovend onderdeel was het doorploegen van duizenden pagina's parlementaire geschiedenis op zoek naar iets waarvan ik meende te moeten veronderstellen dat het niet bestond. Ik heb vol goede moed herhaaldelijk verschillende doodlopende sporen tot het einde toe bewandeld. Veel tekst heeft daardoor de eindstreep niet gehaald en is in de digitale prullenbak beland. Inhoudelijk sloten manuscript en prullenbak op 31 december 2009.

Een bijzonder woord van dank gaat uit naar mijn promotor prof. Paul Mevis die mij vanaf het prille begin met nimmer aflatend enthousiasme heeft 'gepromoot'! Daarnaast wil ik alle leden van de sectie strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam danken voor hun unieke en individuele contact. Ook de belangstelling van familie en vrienden voor mijn onderzoek heb ik altijd zeer gewaardeerd. Aparte aandacht verdienen mijn ongeëvenaarde paranimfen Jan Lintz en Gerben Smid. Ik heb veel van jullie geleerd en hoop dat te mogen blijven doen.

Laura, zonder jou was het niet gelukt. Dank je. Voor alles.

Bart Keupink



# INHOUDSOPGAVE

**Voorwoord** / v

**Inhoudsopgave** / vii

## **Hoofdstuk 1 Inleiding**

- 1.1 Ontwikkelingen binnen strafrechtelijke aansprakelijkheid en daderschap / 1
- 1.2 Vraagstelling en onderzoeksopbouw / 8

## **Hoofdstuk 2 Gedraging als normatieve ingang naar bestraffing**

- 2.1 Inleiding: ius puniendi in een democratische rechtsstaat / 11
- 2.2 Gedraging als ingang naar bestraffing / 13
  - 2.2.1 Nulla poena sine actione? / 14
  - 2.2.2 Twee karakteristieken van de gedraging in een democratische rechtsstaat / 17
  - 2.2.3 Toebedelingsbenadering en rechtsgoedschending in plaats van de gedraging? / 20
  - 2.2.4 Tussenstand en koppeling met hoofdstuk 3 / 25
- 2.3 Legaliteitsbeginsel en rechtsvorming / 26
  - 2.3.1 Lex certa beginsel / 26
  - 2.3.2 Rechtsvorming / 31
- 2.4 Tussenstand / 35

## **Hoofdstuk 3. Beweging binnen strafbaarheid en aansprakelijkheid**

- 3.1 Inleiding / 37
- 3.2 Vier voorwaarden voor strafbaarheid in hedendaags materieel strafrecht / 38
  - 3.2.1 Strafbaar gesteld (2), wederrechtelijk (3) en verwijtbaar (4) / 40
    - 3.2.1.1 Tweede voorwaarde: strafbaar gesteld / 40
    - 3.2.1.2 Derde voorwaarde: wederrechtelijkheid / 42
    - 3.2.1.3 Vierde voorwaarde: verwijtbaarheid / 44
  - 3.2.2 Gedraging (1) / 47
  - 3.2.3 Daderschap: functioneel en corporatief / 54
    - 3.2.3.1 Verschillende opvattingen over functioneel daderschap en functionele interpretatie / 56
    - 3.2.3.2 Corporatief daderschap: kunnen rechtspersonen alle delicten begaan? / 67
    - 3.2.3.3 Functioneel (corporatief) daderschap in voorliggend onderzoek / 71
  - 3.2.4 Tussenstand en kapstok onderzoek / 72
- 3.3 Beweging in strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer? / 72
  - 3.3.1 Aansprakelijkheid als begrip in het strafrecht is niet nieuw / 74
  - 3.3.2 Aansprakelijkheid als zelfstandig concept in het strafrecht / 78
  - 3.3.3 Positie van aansprakelijkheid in het hedendaagse materiële strafrecht / 79
  - 3.3.4 Hedendaagse inhoudelijke verschuiving strafbaarheid? / 84
- 3.4 Opmaat naar volgende hoofdstukken / 88

## **Hoofdstuk 4 Inventarisatie: welke zorgplichten?**

- 4.1 Inleiding: aanduiding en aanloop / 91
- 4.2 Uiteenlopende aanduidingen van zorgplichten en rechtsplichten / 91
- 4.3 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen / 94

- 4.3.1 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin / 95
- 4.3.2 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in ruime zin / 97
- 4.3.3 Tussenstand / 101
- 4.4 Afbakening: overeenkomstig maar niet hetzelfde / 101
- 4.4.1 Gevaarzettingsdelicten? / 102
- 4.4.2 Feitelijke plichten zonder 'zorg' / 106
- 4.4.3 Voortdurende en aflopende delicten / 107
- 4.4.4 Omissiedelicten en oneigenlijke commissiedelicten / 110
- 4.4.4.1 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen tegenover commissie- en omissiedelicten / 110
- 4.4.4.2 Tussenstand omissie- en commissiedelicten / 117
- 4.5 Opmaat naar het volgende deel / 118

## **Hoofdstuk 5 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin**

- 5.1 Inleiding: materieelrechtelijke bijzonderheden van ouderschap bij zorgplichtbepalingen / 120
- 5.2 Commune zorgplichtbepalingen in enge zin / 124
  - 5.2.1 Commune zorgplichtbepalingen en recente jurisprudentie / 124
  - 5.2.2 Art. 402 Sr – 'niet zorgen' / 125
  - 5.2.3 Art. 471 lid 1 onder 1 Sr – 'niet zorgen' / 128
  - 5.2.4 Art. 425 onder 2 Sr – 'geen voldoende zorg dragen' / 129
  - 5.2.5 Art. 427 onder 2 Sr – 'niet zorgen' / 131
  - 5.2.6 Tussenstand commuun strafrecht / 132
- 5.3 Strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in bijzondere wetten / 133
  - 5.3.1 Zorgplichtbepalingen en financiële toezichtswetgeving / 135
    - 5.3.1.1 Overzicht strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de Wet op het financieel toezicht / 136
    - 5.3.1.2 Art. 3:279 lid 1 Wft – 'zorgt voor' / 142
    - 5.3.1.3 Art. 3:296 leden 1, 2, 3 en 8 Wft – viermaal 'draagt er zorg voor' / 144
    - 5.3.1.4 Art. 5:30 Wft – 'zorgt ervoor' / 151
    - 5.3.1.5 Art. 5:64 lid 6 Wft – 'draagt ervoor zorg' / 154
    - 5.3.1.6 Tussenstand financieel toezichtrecht / 158
  - 5.3.2 Strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in milieuwetgeving / 158
    - 5.3.2.1 Wet milieubeheer / 160
      - 5.3.2.1.1 Art. 9.2.3.1 Wmb – 'draagt er zorg voor' / 160
      - 5.3.2.1.2 Art. 9.4.5 lid 1 en 2 Wmb – 'draagt er zorg voor' / 171
      - 5.3.2.1.3 Art. 10.55 lid 3 Wmb – 'zorg draagt' / 175
      - 5.3.2.1.4 Tussenstand Wet milieubeheer / 177
    - 5.3.2.2 Art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden – 'voldoende zorg in acht nemen' / 177
    - 5.3.2.3 Art. 54 lid 1 Flora- en faunawet – 'zorg dragen' / 184
    - 5.3.2.4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen / 186
      - 5.3.2.4.1 Art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen – 'zorgplicht' / 187
      - 5.3.2.4.2 Art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen – 'zorgen' / 190
    - 5.3.2.5 Art. 1a lid 1 en 2 Woningwet – 'draagt zorg' / 192
    - 5.3.2.6 Art. 12 lid 3 Deconstructiewet (oud) – 'zorg dragen' / 201
    - 5.3.2.7 Art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica – 'zoveel mogelijk zorg in acht



- nemen' / 205
- 5.3.2.8 Natuurbeschermingswet 1998 / 209
- 5.3.2.8.1 Art. 17 lid 4 Natuurbeschermingswet 1998 – 'zorg dragen' / 209
- 5.3.2.8.2 Art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 – 'voldoende zorg in acht nemen' / 212
- 5.3.2.8.3 Verhouding tussen art. 19L Natuurbeschermingswet 1998, art. 3 Wet bescherming Antarctica en 1.1a Wet milieubeheer / 217
- 5.3.2.9 Tussenstand wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in milieurecht / 223
- 5.3.3 Zorgplichtbepalingen en arbeid gerelateerde wetgeving / 224
- 5.3.3.1 Zorgplichtbepalingen in de Arbeidsomstandighedenwet / 224
- 5.3.3.1.1 Afwijkende strafbaarstelling van zorgplichtbepalingen in enge zin / 225
- 5.3.3.1.2 Art. 3 lid 1 en 3 Arbeidsomstandighedenwet – 'zorgt voor' / 228
- 5.3.3.1.3 Art. 8 lid 1, 2 en 3 Arbeidsomstandighedenwet – 'zorgt ervoor' / 235
- 5.3.3.1.4 Art. 11 Arbeidsomstandighedenwet – 'zorg te dragen' / 246
- 5.3.3.1.5 Art. 19 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet – 'zorgen ervoor' / 253
- 5.3.3.1.6 Tussenstand / 256
- 5.3.3.2 Arbeidstijdenwet / 258
- 5.3.3.2.1 Art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet – 'zorgt er voor' / 259
- 5.3.3.2.2 Art. 3:4 Arbeidstijdenwet – 'zorgt ervoor' / 280
- 5.3.3.2.3 Art. 5:16 Arbeidstijdenwet – 'zorgt ervoor' / 283
- 5.3.3.3 Tussenstand arbeid gerelateerde wetgeving / 285
- 5.3.4 Zorgplichtbepalingen en vervoerwetgeving / 286
- 5.3.4.1 Art. 1.3 Wet luchtvaart – 'er voor zorg te dragen' / 286
- 5.3.4.2 Art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen – 'zorgt ervoor' / 289
- 5.3.4.3 Art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 – 'draagt er zorg voor' / 291
- 5.3.4.4 Art. 47 lid 1 Spoorwegwet – 'draagt er zorg voor' / 293
- 5.3.4.5 Art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) – 'zorgen' / 295
- 5.3.5 Tussenstand bijzonder strafrecht / 303
- 5.4 Tussenstand / 306

## **Hoofdstuk 6 Eigenheden van ouderschap bij zorgplichtbepalingen**

- 6.1 Eerdere hoofdstukken / 307
- 6.2 Ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin / 309
- 6.2.1 Ad vraag a: betekent zorgen altijd hetzelfde in alle bepalingen; werkt het 'algemeen'? / 311
- 6.2.2 Ad vraag b: hebben de wetgevers stilgestaan bij de keuze voor de zorggedraging? / 312
- 6.2.3 Ad vraag c: is 'zorgen' iets anders dan een concreet omschreven gedraging of feitelijke verplichting? / 314
- 6.2.4 Ad vraag d: betekent 'zorgen' meer dan 'maatregelen nemen'? / 315
- 6.2.5 Ad vraag e: kunnen disculpatieregelingen de inhoud van het 'zorg'-gedragingsbestanddeel mede bepalen? / 318
- 6.2.6 Ad vraag f: soms zijn er aanvullende artikelleden waarin de zorg lijkt te worden uitgewerkt: wat voegen die toe? / 322
- 6.2.7 Ad vraag g: is 'zorgen' een soort verantwoordelijkheid, garantie of zekerstelling? / 323

- 6.2.8 Ad vraag h: draaien zorgplichtbepalingen om een gedraging in traditionelere zin of om risico-daderschap? / 324
- 6.2.9 Ad vraag i: in welke mate wordt het risico-daderschap bevestigd of juist ontkend in literatuur en hedendaagse jurisprudentie? / 328
- 6.2.10 Ad vraag j: is risico-daderschap hetzelfde als risico-aansprakelijkheid? / 331
- 6.2.11 Tussenstand / 334
- 6.3 Bijzondere kwesties bij een bijzondere constructie / 334
- 6.3.1 Mate van zorgen / 335
- 6.3.1.1 Inkleuring van 'zorgen' in zorgplichtbepaling zelf / 335
- 6.3.1.2 Disculpatieregelingen in relatie tot zorgplichtbepalingen en afwezigheid van alle schuld / 343
- 6.3.1.2.1 Werking en positionering van disculpatieregelingen / 343
- 6.3.1.2.2 Ongewenste situatie, disculpatie en AVAS in drie te onderscheiden stappen / 356
- 6.3.1.2.3 Tussenstand / 369
- 6.3.1.3 Slotsom / 370
- 6.3.2 Corporatief daderschap / 371
- 6.3.2.1 Functioneel corporatief daderschap / 374
- 6.3.2.2 Rechtstreeks corporatief daderschap / 379
- 6.3.2.3 Tussenstand strafrechtelijk corporatief daderschap / 389
- 6.4 Tussenstand / 389

## **Hoofdstuk 7 Slotbeschouwing**

- 7.1 Aanloop / 393
- 7.2 Recapitulatie bijzondere daderschapsconstructie bij zorgplichtbepalingen / 394
- 7.3 In het perspectief van de rechtsstaat / 396
- 7.4 Beantwoording centrale vraagstelling: buigen voor de rechtsstaat? / 402
- 7.5 Ruimte voor daderschap bij zorgplichtbepalingen? / 404

## **Samenvatting / 409**

## **Summary / 415**

## **Geraadpleegde literatuur / 419**

## **Curriculum Vitae / 437**

# HOOFDSTUK 1

## INLEIDING

### 1.1 Ontwikkelingen binnen strafrechtelijke aansprakelijkheid en daderschap

Door verschillende auteurs is weleens rekening gehouden met de mogelijkheid dat de hoekstenen van het materiële strafrecht, te weten strafrechtelijke aansprakelijkheid, strafbaarheid en daderschap, vatbaar zouden zijn voor verandering. In het voorwoord van zijn vernieuwende 'Aansprakelijkheidsgronden' uit 1988 schreef Strijards dat *"de wettelijke algemene aansprakelijkheidsleer dringend herformulering behoeft"* en dat de rechtspraktijk toentertijd werd *"gehinderd met allerlei constructies die niet of nauwelijks verband houden met alledaagse opvattingen en behoeften"*.<sup>1</sup> Van Veen constateerde in 1992 dat de overgeleverde dogmatische opvattingen betreffende daderschap *"de veranderingen in het recht niet hebben bijgehouden. De handelende dader behoeft geen handeling meer te plegen en is theoretisch onhandelbaar geworden"*.<sup>2</sup> Wemes voorzag in 1995 een *civilisering* van het materiële strafrecht.<sup>3</sup> Hij sprak van het door sommigen opvatten van de strafbaarheid als een toebedelingsvraagstuk. Daarin was voor de term strafrechtelijke aansprakelijkheid een eigen betekenis weggelegd. Ook signaleerde Wemes de opkomst van de 'zorgvuldigheidsnorm' als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>4</sup> In 1998 zou het volgens Mevis best zo kunnen zijn *"dat de wijze waarop (een deel van) de criminaliteit heden ten dage blijkt te worden gepleegd, om een andere basis van strafrechtelijke aansprakelijkheid vraagt"*.<sup>5</sup> In hun bijdrage aan de Knigge-bundel van 2005 vroegen Vellinga en Vellinga-Schootstra zich af of het niet mogelijk is om *"los van de bestaande verschillende vormen van aansprakelijkheid algemene criteria te ontwikkelen ter bepaling van de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid opdat aan de hand van die criteria de verschillende vormen van aansprakelijkheid kunnen worden doordacht en, zonodig,*

---

<sup>1</sup> G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. vi.

<sup>2</sup> Th.W. van Veen, 'De dader werd onhandelbaar. Wat is een strafbaar feit?' *RMThemis*, 1992-8, p. 364.

<sup>3</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78.

<sup>4</sup> Zorgplichten of zorgvuldigheidsnormen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid werden reeds in de ontwerp-lijfstraffelijk wetboeken van 1801 en 1804 voorgesteld waarin werd gesproken van schuldig plichtsverzuim (in de art. 5 respectievelijk 6), O. Moorman van Kappen (red.), *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek van 1801 en 1804. Deel I Het Ontwerp-Lijfstraffelijk wetboek 1801*, Zutphen: De Walburg Pers 1982, p. 132; O. Moorman van Kappen (red.), *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek van 1801 en 1804. Deel II Het Ontwerp-Lijfstraffelijk wetboek 1804*, Zutphen: De Walburg Pers 1982, p. 3.

<sup>5</sup> P.A.M. Mevis, 'Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden', *Ars Aequi* 1998-11, p. 870-876, zie p. 872.

*opnieuw kunnen worden ingevuld*".<sup>6</sup> Zij meenden daarbij dat het bestaansrecht van de deelnemingsregeling zou moeten worden heroverwogen. De tijd leek hen rijp "voor een heroverweging van de dogmatiek betreffende *daderschap en aansprakelijkheid*".<sup>7</sup> In de in 2007 verschenen bundel 'De gedraging in beweging' werd door de redactie geconstateerd dat de gedraging in de diverse deelgebieden van het strafrecht volop in beweging is en dat die ontwikkeling in overwegende mate ingegeven leek te zijn door instrumentele, repressieve en/of doelmatigheidsoverwegingen.<sup>8</sup> Uit voorgaande voorbeelden blijkt wel dat veel auteurs ervan uitgaan dat belangrijke aspecten van het materiële strafrecht tegen het licht zullen moeten worden gehouden of misschien al gehouden zijn.

Bij het kritisch bezien van de hoekstenen van het materiële strafrecht lijkt aan het fenomeen 'zorgplichten' een eigen positie te moeten worden toegekend. Het zorgplicht-fenomeen beweegt zich door de jaren heen betrekkelijk eenvoudig van het ene naar het andere bijzondere rechtsgebied. Tegen de achtergrond van de huidige financiële crisis vierden diverse zorgplichten momenteel hoogtij in het financiële (toezicht)recht.<sup>9</sup> Van belang is dat, in welke hoek van het recht de bijzondere voorschriften ook terechtkomen, er altijd wel ergens ruimte wordt gereserveerd voor het strafrecht.

In zijn bijdrage aan de hierboven genoemde bundel 'De gedraging in beweging', benadrukte Sackers de toenemende voorkeur van de strafwetgever bij de strafbaarstelling te kiezen voor zorgplichtbepalingen.<sup>10</sup> De indruk bestaat dat het zorgplichten-fenomeen een eigen rol speelt in de door sommigen waargenomen verruiming van het strafrecht. Over zorgplichtbepalingen gaat voorliggend onderzoek. Het functioneren van deze bepalingen in het materiële strafrecht roept namelijk verschillende vragen op die beantwoording behoeven.

### *Zorgplichtbepalingen en (corporatief) daderschap*

De voorkeur van de wetgever voor zorgplichtbepalingen die Sackers heeft gesig-

---

<sup>6</sup> W. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 545.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund, 'Gedragingen in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 1-21, zie p. 20.

<sup>9</sup> Op diverse rechtsterreinen zijn zorgplichten in opkomst. Onder meer is dat het geval bij de in het financiële recht veelvuldig toegepaste benadering dat moet worden onderscheiden tussen principle-based en rule-based regelgeving waarin aan geadresseerden de keuze wordt gelaten op welke wijze regelgeving wordt nageleefd. Zie onder meer C.E. du Perron en M. van Luyn, *Effecten van de zorgplicht*, Deventer: Kluwer 2008 en hierna hoofdstuk 5.

<sup>10</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-128 en 140.

naleerd,<sup>11</sup> komt duidelijk naar voren in de nota 'Bruikbare rechtsorde' waar wordt gesproken over de nuttige rol die zorgplichtbepalingen kunnen vervullen en de kansen die deze bepalingen zouden bieden in het kader van rechtshandhaving.<sup>12</sup> Zoals in meer beleidsstukken en rapporten het geval is,<sup>13</sup> ligt ook in de betreffende nota de nadruk op de veronderstelde voordelen van zorgplichtbepalingen, te weten betere criminaliteitsbestrijding en vermindering van regeldruk.

Tegelijkertijd wordt echter nergens ingegaan op materieel strafrechtelijke kwesties die met het gebruik van zorgplichtbepalingen samenhangen.<sup>14</sup> In de strafrechtelijke literatuur is dat niet veel anders. Aandacht lijkt voornamelijk te bestaan voor het legaliteitsbeginsel en criteria voor strafbaarstelling.<sup>15</sup> Dat is ook wel begrijpelijk. Het legaliteitsbeginsel neemt vaker een prominente plaats in als toetsingscriterium bij de beoordeling van bijzondere strafwetgeving.<sup>16</sup> Met aandacht voor daarmee samenhangende handavingskwesties is echter niet alles gezegd. Daarin blijft namelijk de materieelrechtelijke werking van het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin onderbelicht.

Onder een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin wordt in dit onderzoek iedere wettelijke bepaling verstaan die strafrechtelijk kan worden gehandhaafd en waarin als gedragsbestanddeel het werkwoord 'zorgen' (of een afgeleide daarvan) is opgenomen. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is art. 1.3 Wet luchtvaart.

*"1.3 Een luchtvaartmaatschappij is verplicht er voor zorg te dragen, dat:*

- a. de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen in een zodanige staat zijn, dat daarmee veilig gevlogen en vervoerd kan worden;*
- b. het boordpersoneel van de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen over voldoende kennis, bedrevenheid en ervaring beschikt;*
- c. al datgene wordt gedaan, wat in haar vermogen ligt om ernstige lichamelijke of geestelijke vermoeidheid van de leden van het boordpersoneel bij de bediening van luchtvaartuigen te voorkomen".*

Art. 11.9 lid 1 onder a onder 1 en lid 2 Wet luchtvaart is opgenomen in Titel 11.1 'Toezicht en strafrechtelijke handhaving' en luidt als volgt.

*"1. Met een hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van ten hoogste de derde categorie wordt gestraft degene, die a. handelt in strijd met de artike-*

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 19-20.

<sup>13</sup> Kamerstukken II, 2008/09, 31 731, nr. 2, p. 9-10, in het kader van de nota 'Vertrouwen in wetgeving.'

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.

<sup>16</sup> Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel politieke studie*, (diss.

len 1°. 1.3;[...]

2. De in het eerste lid van dit artikel strafbaar gestelde feiten zijn overtredingen”.

Een luchtvaartmaatschappij is kennelijk verplicht te *zorgen* dat het personeel aan boord van het vliegtuig wakker blijft, bedreven is en voldoende ervaring heeft. In geval de rechtspersoon daarvoor niet zorgt, dreigt toepassing van het strafrecht ingevolge art. 11.9 Wet luchtvaart. Het is de vraag hoe dit gedragsbestanddeel ‘zorgen’ functioneert in het materiële strafrecht en hoe het zich verhoudt tot de meer traditionele delictsgedragingen in het strafrecht. Tevens is de vraag of de mogelijke consequenties die voortvloeien uit een eventueel afwijkende constructie, van invloed zijn op het ouderschap van de rechtspersoon. Indicaties daarvoor zijn onder meer te lezen bij Van Elst en De Valk, maar worden daar niet uitgewerkt.<sup>17</sup>

Dit bijzondere ouderschap bij zorgplichtbepalingen, zoals dat mogelijk al sinds begin twintigste eeuw heeft gespeeld, lijkt tegenwoordig een vrij onbekende constructie te zijn. Tegelijkertijd is in dit verband zijdens het Openbaar Ministerie in een cassatie de roep om verduidelijking gehoord. *“Er is [...] binnen de kring van de handhavers van het zogenaamde ordeningsrecht sprake van onduidelijkheid over de strekking van de hier in het geding zijnde voorschriften”*.<sup>18</sup> Met voorliggend onderzoek wordt beoogd die verduidelijking te verschaffen.

#### *Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin*

De gekozen benaming van te onderzoeken zorgplichtbepalingen bestaat uit vier onderdelen. Het gaat in dit onderzoek om (i) wettelijke, (ii) strafrechtelijke, (iii) zorgplichtbepalingen, (iv) in enge zin. Het derde onderdeel is hierboven al kort aangeduid. De resterende bestanddelen van de aanduiding kunnen als volgt worden toegelicht.

#### *Toelichting aanduiding (i) ‘wettelijke’*

Het leeuwendeel van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin staat opgenomen in bijzondere wetten en soms in daaraan gekoppelde lagere regelgeving. De wetsgeschiedenis van zorgplichtbepalingen in wetten in formele zin leent zich beter voor onderzoek en bespreking dan de toelichting op eventuele zorgplichtbepalingen in lagere regelgeving. De wetten in formele zin zijn minder versplinterd en verholen dan lagere regelgeving. Daarnaast weegt de visie van de hoogste regelgever zwaarder dan die van de lagere. Dit onderzoek is daarom beperkt tot de strafrechtelijke zorgplichtbepalingen die in een wet staan op-

---

Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 226.

<sup>17</sup> R. van Elst, ‘Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest’, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 418-419 en S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 312-313 en 320.

<sup>18</sup> Cassatieschriftuur bij Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 (alineä 11).

genomen. Dat is dan ook de reden dat wordt gesproken van *wettelijke* strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

*Toelichting aanduiding (ii) 'strafrechtelijke'*

In het juridisch veld zijn ook buiten het strafrecht wel bepalingen te vinden met daarin een plicht tot zorgen. Lang niet alle zorgplichtbepalingen hebben dus een strafrechtelijke connectie. Zo is op basis van de Grondwet de bevordering van voldoende werkgelegenheid 'voorwerp van zorg' van de overheid (art. 19 Gw). Deze bepaling is evenwel niet strafrechtelijk handhaafbaar. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld art. 1.1a lid 1 Wet milieubeheer dat luidt: "*Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht*". Van gelijke strekking is art. 2 lid 1 Flora- en faunawet: "*Een ieder neemt voldoende zorg in acht voor de in het wild levende dieren en planten, alsmede voor hun directe leefomgeving*".<sup>19</sup> Interessant daaraan is dat volgens de Minister een effect van laatstgenoemde bepaling is dat wanneer mogelijk een andere verbodsbepaling uit de Flora- en faunawet wordt overtreden, maar de algemene zorgplichtbepaling wel in acht is genomen, het strafrechtelijk opportuniteitsbeginsel met zich zou moeten brengen dat wordt afgezien van vervolging.<sup>20</sup> Waar het hier om gaat te constateren, is dat indien een strafrechtelijke sanctienorm ontbreekt dan geen sprake is van een *strafrechtelijke* zorgplichtbepaling. Op niet-strafrechtelijke zorgplichtbepalingen heeft voorliggend onderzoek geen betrekking.

*Toelichting aanduiding (iv) in enge zin*

Onder zorgplichtbepalingen *in ruime zin* worden ook bepalingen begrepen waarin niet een letterlijke plicht tot 'zorgen' is opgenomen. Een voorbeeld daarvan is art. 5 Wegenverkeerswet waarin, kort weergegeven, is strafbaar gesteld het gevaarlijk gedragen op de weg. Onderhavig onderzoek spitst zich zoals gezegd toe op bepalingen waarin het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel staan opgenomen. Daarom wordt gesproken van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen *in enge zin*. Dat is een engere categorie die valt binnen zorgplichtbepalingen in ruime zin.

*Spannend onderwerp*

In onderhavig onderzoek wordt gezien of zich een veronderstelde bijzondere ouderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin voordoet. Daartoe zal worden onderzocht of in de (verre) wetsgeschie-

<sup>19</sup> In de wetsgeschiedenis steevast aangeduid als 'zorgplicht' en 'zorgplichtbepaling' hetgeen de semantiek niet ten goede komt *Kamerstukken II*, 1997/98, 23 147 en 23 580, nr. 112, p. 12 e.v. Zie voorts hoofdstuk 5 en de discussie in *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 147, nr. 7, p. 8, *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 147, nr. 11, p. 9-11, *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 147, nr. 12, p. 5-6, *Kamerstukken I*, 1997/98, 23 147, nr. 104a, p. 6-7, *Kamerstukken I*, 1997/98, 23 147, nr. 104b, p. 6, *Handelingen I*, 1997/98, nr. 28, p. 1570 en 1584 en *Handelingen I*, 1997/98, nr. 28, p. 1605, 1608 en 1616.

<sup>20</sup> *Handelingen I*, 1997/98, nr. 28, p. 1608.

denis van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen aanwijzingen te vinden zijn voor de veronderstelling dat aan zorgplichtbepalingen juist *geen* bijzondere eigen ouderschapsconstructie moet worden toegekend.

Het uitpluizen van wetsgeschiedenissen van de vele bijzondere wetten waarin wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen voorkomen, is wellicht een wat stoffige en veelomvattende bezigheid. De bespreking ervan zal daardoor zo nu en dan op zijn zachtst gezegd wat taai zijn. Hoewel de delicten en de op te leggen sancties praktisch misschien niet van al te groot gewicht zijn, is het onderwerp bepaald niet saai en droog. De zorgplichtbepalingen in dit onderzoek kennen zeer uiteenlopende achtergronden. Ze komen uit het milieurecht, arbeidsrecht, financiële recht en vervoerrecht. Niet eerder is naar de positie van het ouderschap bij zoveel diverse zorgplichtbepalingen gekeken. Het boeiende daaraan is dat tegen al de verschillende achtergronden van die niet commune strafbepalingen, onderzoek zal worden gedaan naar één specifiek ding dat de bepalingen gemeen hebben: het 'zorgen' als gedragsbestanddeel. Het ouderschap bij zorgplichtbepalingen bestrijkt derhalve een uitgestrekt en onontgonnen deelgebied van het materiële strafrecht dat in uiteenlopende bijzondere wetten aan de orde is. Wat daarenboven de aandacht trekt, is, dat de bevindingen van de zoektocht in het grotere geheel van bewegingen in het geldende materiële strafrecht moeten worden ondergebracht en de juridische houdbaarheid daarvan moet worden getoetst. Bovendien is het, omgekeerd, noodzakelijk te bezien hoe de materiële betekenis van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zich verhoudt tot andere aanverwante delictsoorten uit het materiële strafrecht. Juist omdat zorgplichten de laatste jaren in sommige gevallen tot een soort toverwoord lijken te zijn omgedoopt, is het van belang orde te scheppen in de ontstane chaos en daarbinnen ten aanzien van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin de praktische toepassing te achterhalen. Dat alles is allesbehalve saai.

#### *Kader: ius puniendi in een democratische rechtsstaat*

De ingang van onderhavig onderzoek is gezien het voorgaande de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Onderzocht wordt hoe het strafrechtelijk ouderschap bij dergelijke bepalingen moet worden benaderd. De bevindingen van dat onderzoek zullen in een hedendaagse context moeten worden geplaatst. Het kader waarin dat zal gebeuren, wordt gevonden in de combinatie van enerzijds de democratische rechtsstaat en anderzijds het geldende materiële strafrecht. Ten aanzien van het begrip 'democratische rechtsstaat' moet vooraf terzijde worden opgemerkt dat het weliswaar een zware term is, maar dat voornamelijk wordt beoogd daarin de publiekrechtelijke, juridisch normatieve context van het materiële strafrecht te vangen. Daarvoor is niet direct een lichtere aanduiding voor handen.

Eén van de meest fundamentele vragen van het strafrecht ziet op de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil de overheid haar strafbevoegdheid kunnen uitoefenen. Het *ius puniendi*, ook wel aangeduid als *strafrecht*, komt de overheid niet vanzelfsprekend toe. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is traditioneel in



een democratische rechtsstaat niet zonder reden vormgegeven rond een strafrechtelijke gedraging.<sup>21</sup> De overheid kan daardoor niet naar believen gebruik maken van haar *ius puniendi*. Het materiële strafrecht dient – onder meer wegens de potentiële bestraffing van vrije burgers – systematisch sluitend, zuiver en voorspelbaar te zijn. Pas wanneer het strafrecht in abstracto goed is doordacht, kan het in concreto worden toegepast. Zodoende wordt gekeken naar hoe de verondersteld bijzondere werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen kan worden ingepast in het hedendaagse geldende strafrecht zoals dat (i) is gebaseerd op bepaalde klassieke materieel strafrechtelijke uitgangspunten en zoals dat (ii) traditioneel wordt begrensd door de democratische rechtsstaat.

### *Toegankelijkheid van de benadering*

Een punt van aandacht vormt een probleem waarop door Franken is gewezen. In het kader van een artikel over legaliteit en een toenemende casuïstiek in het strafrecht schreef hij het volgende.

*“Als de reikwijdte van kernleerstukken van het strafrecht niet duidelijk kan worden gemaakt, dan is er iets mis. Daar ligt vanzelfsprekend een taak voor de wetenschap. In dat verband moet me van het hart dat het wetenschappelijke debat over belangrijke vraagstukken van materieel strafrecht nogal eens op een dermate hoog abstractieniveau plaatsvindt dat het nauwelijks nog te volgen is. Het zou goed zijn wanneer daarnaast bijdragen worden geleverd waarin – ten behoeve van de rechtspraktijk – uitleg wordt gegeven en concrete aanknopingspunten voor de rechtsontwikkeling worden aangereikt”.*<sup>22</sup>

Deze waarschuwing zal ter harte worden genomen. Getracht zal worden het ongewenste abstractieniveau dat Franken noemt, te vermijden en een theoretische richting te bepalen die houvast kan bieden aan de praktijk. De intentie van dit onderzoek is om onder andere te proberen vanuit de benadering van Knigge – die zich in het kader van ouderschap afvraagt “*waarom wij bij rechtspersonen zo moeilijk doen, en bij natuurlijke personen niet*”<sup>23</sup> – de problematiek van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen en het bijbehorende ouderschap, behapbaar

<sup>21</sup> P.A.M. Mevis, ‘Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden’, *Ars Aequi* 1998-11, p. 872-873 en P.A.M. Mevis, ‘Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht’, in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-35, zie p. 22.

<sup>22</sup> A.A. Franken, ‘Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht’, *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958, zie p. 958. Zie ook J. de Hullu, ‘Inspiratie uit de West voor een geïntegreerde herziening van het WvSr’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 155-176, zie p. 163 en 175.

<sup>23</sup> G. Knigge, ‘Dat deed mijn handje. Enige opmerkingen over het ouderschap van de rechtspersoon’, in: M. van Kraaij en A. van Veen (red.) *Onderneming en strafrecht. Lustrum Nico Muller 1966-1996*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 11-19, zie p. 12. Terecht want over rechtmatige gedragingen van rechtspersonen wordt nooit moeilijk gedaan. Dan is vrijwel altijd duidelijk met wie zaken wordt gedaan.

te houden. Aantekening verdient daarbij dan weer wel de relativering van Rozemond die stelt: *“volledige duidelijkheid over de grenzen van het materiële strafrecht kan niet worden gevonden in wettelijke bepalingen, wetshistorische toelichtingen en rechterlijke criteria”*.<sup>24</sup> Deze onvermijdelijke hobbel is echter niet nieuw voor het materiële strafrecht. De problematiek van nooit volledig te bereiken duidelijkheid heeft zich – zoals Rozemond laat aantekenen – altijd al voorgedaan ten aanzien van algemene leerstukken en bijzondere bepalingen maar *“is de laatste tijd urgenter geworden vanwege de uitbreiding van het materiële strafrecht in wetgeving en rechtspraak”*.<sup>25</sup> Hier ligt volgens zowel Rozemond als Franken een taak voor de wetenschap om op duidelijke wijze het strafrecht verder te helpen.<sup>26</sup>

## 1.2 Vraagstelling en onderzoeksbouw

In het voorgaande is het onderwerp en het kader waarbinnen dat wordt behandeld, besproken. De centrale vraag ter beantwoording waarvan dit onderzoek dient, luidt als volgt:

*“In hoeverre kan binnen de kaders van de democratische rechtstaat het bijzondere (corporatieve) ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin verantwoord in het hedendaagse materiële strafrecht worden ingepast?”*

Het onderzoek is in de meest oriënterende vorm gericht geweest op strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbinnen wordt gaandeweg steeds meer gefocust op zorgplichtbepalingen en ouderschap (bij rechtspersonen). Dit onderzoek is daarom vanuit een soort trechter-model geschreven van algemeen naar bijzonder. De methode ter beantwoording van bovenstaande vraagstelling is klassiek juridisch van aard. Met het onderzoek wordt gehoopt een leidraad te kunnen bieden aan de praktijk door in een overzicht te voorzien van de geldende strafrechtelijke achtergrond van zorgplichtbepalingen en de positionering daarvan in het vigerende materiële strafrecht. Waar nodig en mogelijk zal aandacht bestaan voor meningen en visies die doorklinken in beleidsrapportages en academische verhandelingen.

### *Plan van behandeling*

De opbouw van dit onderzoek is als volgt. Eerst wordt in twee hoofdstukken het theoretisch relevante kader uiteengezet. Zoals in het bovenstaande al werd geschreven, is dat kader een combinatie van de democratische rechtsstaat (hoofdstuk 2) en het geldende materiële strafrecht (hoofdstuk 3). Daarna wordt bezien in welke mate wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen overeenkomsten en verschillen vertonen met verwante delictsoorten (hoofdstuk 4). Vervolgens wordt in de wetsgeschiedenis van het merendeel van de in de Wet op de econo-

---

<sup>24</sup> K. Rozemond, ‘De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht’, *Delikt en Delinkwent*, 2007-5, p. 465-495, zie p. 466.

<sup>25</sup> Idem, zie p. 467-468.

<sup>26</sup> Idem, zie p. 469 en A.A. Franken, ‘Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht’, *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958, zie p. 958.

mische delicten opgenomen ordeningsrechtelijke wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin gezocht naar de materieelrechtelijke betekenis van die bepalingen (hoofdstuk 5). Aansluitend zal - aan de hand van de gedane bevindingen - de bijzondere daderschapsconstructie bij strafbepalingen waarin het werkwoord zorgen (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel staat opgenomen, worden opgetuigd. De eigenheden van die constructie worden onderzocht in hoofdstuk 6. Tevens wordt in hoofdstuk 6 ingegaan op de verhouding van de bijzondere daderschapsconstructie tot het corporatief daderschap. Aangezien bij rechtspersonen momenteel wordt gewerkt met het toerekenen van een gedraging in de vorm van doen of laten, is het interessant te bezien welke positie in dat verband bestaat voor de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Veel zorgplichtbepalingen komen namelijk voor in wat misschien wel als de natuurlijke habitat van rechtspersonen zou mogen worden beschouwd: het ordeningsrecht. Hoofdstuk 7 bevat tot slot de afsluiting van het onderzoek.

#### *Afronding 'Hoofdstuk 1 Inleiding'*

Het materiële strafrecht lijkt volop in beweging te zijn. Op die beweging worden verschillende stempels gedrukt. Sommigen menen een civiliseringstendens te ontwaren. Anderen vragen aandacht voor de traditionele benadering en de klassieke uitgangspunten van het strafrecht. Tussen de verschillende geconstateerde ontwikkelingen door, lijkt het fenomeen zorgplichtbepalingen te zijn opgekomen. Het zou mogelijk zo kunnen zijn dat dat fenomeen een exponent is van de in de literatuur gesignaleerde verruiming van het strafrecht. In dit onderzoek wordt met name ingegaan op de vervolgvraag en daarmee op de praktische kant van die situatie: het Nederlandse materiële strafrecht kent nu eenmaal zorgplichtbepalingen en de vraag is – kort gezegd – wat men daarmee in het materiële strafrecht moet beginnen.



## HOOFDSTUK 2

### GEDRAGING ALS NORMATIEVE INGANG NAAR BESTRAFFING

#### 2.1 Inleiding: *ius puniendi* in een democratische rechtsstaat

De vraagstelling van dit promotieonderzoek wordt geplaatst in de kaders van de democratische rechtsstaat. Ten aanzien van het begrip 'democratische rechtsstaat' werd in het vorige hoofdstuk reeds terzijde opgemerkt dat – hoewel het een zware term is – daarmee voornamelijk wordt beoogd de publiekrechtelijke, juridisch normatieve context van het materiële strafrecht te benoemen. Een minder zwaar klinkende aanduiding is daarvoor niet beschikbaar.

De keuze om vanuit het perspectief van de democratische rechtsstaat te bezien in hoeverre de bij zorgplichtbepalingen te constateren bijzondere (corporatieve) daderschapsvorm kan worden ingepast in het materiële strafrecht, is ingegeven door de gedachte dat de democratische rechtsstaat het fundament is van juist datzelfde materiële strafrecht. Wil de bijzondere daderschapsvorm bij zorgplichtbepalingen op acceptabele wijze in het materiële strafrecht kunnen worden ingepast, dan zal de daderschapsconstructie ten minste binnen de kaders van een democratische rechtsstaat moeten vallen. Het is de vraag in hoeverre die inpassing op acceptabele wijze mogelijk is. Teneinde de uiteindelijke bevindingen in het materiële strafrecht te kunnen inpassen, zal in het navolgende eerst moeten worden bezien wat het democratisch rechtsstatelijk kader (hoofdstuk 2) van het materiële strafrecht (hoofdstuk 3) daadwerkelijk behelst en welke plaats daarbinnen is weggelegd voor de gedraging en het daderschap. Tegen die achtergrond zal uiteindelijk immers het daderschap bij zorgplichtbepalingen moeten worden gewaardeerd.

#### *Plan van aanpak hoofdstuk 2*

Met de democratische rechtsstaat wordt de theoretische vormgeving bedoeld die door A.C. 't Hart is uitgewerkt in onder meer zijn boek 'Openbaar Ministerie en rechtshandhaving'.<sup>1</sup> De theorie achter de democratische rechtsstaat en de positie die het materiële strafrecht daarin inneemt, is bijzonder omvangrijk. Met name de *hoofdgedachte* van de theorie van 't Hart is van belang voor onderhavig onderzoek en wordt in de navolgende alinea's uiteengezet. De inhoudelijke onderwerpen die daarna aan de orde komen, zijn de gedraging als ingang naar bestraffing (paragraaf 2.2) en het legaliteitsbeginsel en strafrechtelijke rechtsvorming (paragraaf 2.3).

Deze twee onderwerpen zijn om verschillende redenen van belang. De gedraging vormt het fundament van het strafrecht. Het is van belang te bezien in welke

---

<sup>1</sup> A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994. Zie daarover J.R. Blad, 'Strafrechtelijke rechtshandhaving', in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2008, p. 21-42.

mate en waarom een gedraging als ingang naar bestraffing behoort te gelden. Daarnaast wordt gekeken naar het legaliteitsbeginsel omdat bij zorgplichtbepalingen niet altijd geheel duidelijk hoeft te zijn welke zorg wordt verlangd. Bovendien is het niet vanzelfsprekend dat de wetgever vrijblijvend bepalingen zou opstellen waarvan de invulling vervolgens geheel aan de strafrechter wordt gelaten. Dat risico ligt bij zorgplichtbepalingen wel op de loer. Door voornoemde mogelijke vaagheid van zorgplichtbepalingen en de soms onzekere verdeling tussen wetgever en rechter bij de invulling ervan, ontstaan moeilijkheden binnen de rechtsvorming. Voordat aan bespreking daarvan wordt toegekomen, zal in het onderstaande eerst een aantal kenmerken van de democratische rechtsstaat kort worden langsgelopen. Geprobeerd is hier aan het begin van het onderzoek de geldende opvatting omtrent de democratisch rechtsstatelijke inbedding van het materiële strafrecht vrij van discussiepunten weer te geven. Daarna wordt in paragraaf 2.2 de gedraging als ingang naar bestraffing tegen het licht gehouden.

#### *Kenmerken van het strafrecht in een democratische rechtsstaat*

*"The freedom of your fist ends where my nose begins"* is een aan John Locke toegeschreven uitspraak waarin doorklinkt dat de burger in beginsel vrij is en dat de betreffende vrijheid slechts wordt beperkt door de vrijheid van anderen.<sup>2</sup> Ten einde eigenrichting en een daarop volgende chaos te voorkomen, hebben burgers een bescheiden deel van hun vrijheid ingeleverd. De burger heeft genoeg genomen met minder vrijheid in ruil waarvoor de overgebleven vrijheid beter kan worden gegarandeerd. Onderdeel van het inleveren van een deel vrijheid is dat een overheid in het leven is geroepen om namens de burgers de samenleving te sturen en te ordenen. Daartoe is door de burgers aan de overheid een groot aantal bevoegdheden toebedeeld waarvan één de uiterste bevoegdheid is: het ius puniendi, het strafrecht. Deze uiterste bevoegdheid houdt in dat onder omstandigheden de overheid straffend mag optreden tegen vrije burgers. Gebruik van het ultimum remedium dat het strafrecht is, kan in bepaalde gevallen de enige aanpak zijn om de orde en sturing van een samenleving te bewerkstelligen. Het nagestreefde doel dat met de orde en sturing wordt bereikt, is niet alleen dat de wanorde van een oorlog van allen-tegen-allen ten gevolge van eigenrichting wordt voorkomen, maar dat daarenboven een ruimte wordt gecreëerd voor burgers om zichzelf autonoom en in vrijheid te ontplooien en waarin zij zichzelf als deviante minderheden kunnen bewegen in een maatschappijvormend debat.<sup>3</sup> De aansluitend te beantwoorden vraag is hoe ver de strafbevoegdheid van de overheid gaat: kent het ius puniendi op enigerlei wijze beperkingen?

---

<sup>2</sup> M.S. Groenhuijsen, 'Criteria voor strafbaarstelling', *Delikt en Delinkwent* 1993-1, p. 1-6, zie p. 5.

<sup>3</sup> J.R. Blad, 'Strafrechtelijke rechtshandhaving', in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2008, p. 21-42 en A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 208, 212, 216-217 en 235 e.v.

*Ongeclausuleerde strafbevoegdheid?*

Het bestaan van de overheid kan wel enigszins worden verklaard, maar de enkele voorkeur voor de minst erge van verschillende kwaden, legitimeert op zichzelf niet de bestrafing waardoor de vrijheid van burgers te beschikken over hun eigen leven wordt beperkt. De overheid en het haar toegekende ius puniendi zijn met andere woorden maar mager gelegitimeerd. Het is mede daarom aangewezen dat het strafrecht zo min mogelijk wordt toegepast. Teneinde die minimale toepassing te bereiken, dient het ius puniendi te worden beperkt tot slechts bepaalde gevallen. De strafbevoegdheid is ingeperkt door vele waarborgen en beginselen.

Het is de vraag of het gestelde vereiste van een gedraging eveneens als begrenzing van de strafmacht zou kunnen gelden. De gedraging is de eerste voorwaarde voor strafbaarheid in het zogenaamde vierstappenmodel. Zonder gedraging zou niet behoren te worden gestraft. De vraag vanuit theoretische invalshoek is of de gedraging een verantwoorde begrenzing van de strafmacht van de overheid is.

**2.2 Gedraging als ingang naar bestrafing**

In het voorgaande is kort opgemerkt dat het strafrecht de overheid niet ongeclausuleerd toekomt. Mevis schrijft dat de bepaalde gevallen waarin een burger door de overheid strafrechtelijk zou kunnen worden aangesproken, als uitgangspunt door de wetgever zijn vormgegeven rond de aanduiding van een gedraging.<sup>4</sup> Hij stelt daarbij dat met de gedraging vooral kan worden voldaan aan de opdracht tot duidelijke en voorspelbare regelgeving die van het legaliteitsbeginsel uitgaat.<sup>5</sup> Ook De Roos ging bij zijn onderzoek naar criteria voor (economische) strafbaarstelling uit van de gedraging. De vraag voor zijn crimineel politieke toetsings-schema was wanneer criminalisering wel of niet aangewezen was.<sup>6</sup> Eén van zijn vragen was wanneer de staat de competentie bezit om bepaalde gedragingen strafbaar te stellen. In dat verband bleek het scharnierpunt het schade-criterium te zijn.<sup>7</sup> Dát eventuele uiteindelijke criminalisering of strafbaarstelling middels een *gedraging* zou plaatsvinden, lijkt buiten kijf te hebben gestaan.<sup>8</sup> Maar daarmee is de vraag *waarom* de gedraging ingang is tot bestrafing en waarom die ingang niet wordt gevonden in bijvoorbeeld een alternatief als het geschonden zijn van een rechtsgoed in een toebedelingsbenadering, nog niet helemaal beantwoord. In onderhavige paragraaf 2.2 wordt naar dat antwoord gezocht.

<sup>4</sup> P.A.M. Mevis, 'Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden', *Ars Aequi* 1998-11, p. 870-876, zie p. 872-873.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel politieke studie*, (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 33.

<sup>7</sup> Idem, p. 42.

<sup>8</sup> Idem, p. 48 en 227.

### 2.2.1 Nulla poena sine actione?

Van Woensel heeft de 'nulla poena sine actione'-regel onderzocht.<sup>9</sup> Onder meer wijst zij op R Emmelink die betoogt dat het strafrecht zonder die regel in ethiek zou verkeren.<sup>10</sup> In de uiteenzetting van Van Woensel is met name haar bespreking van een vijftal bovenwettelijke beginselen van belang dat Strijards heeft onderscheiden. Strijards bracht die onderscheiding aan ter duiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer die de wetgever van 1886 voor ogen stond. Eén van de betreffende beginselen is het beginsel van staatsmachtbeperking.<sup>11</sup> Het strafrecht van de overheid moet worden begrensd wegens de beperkte legitimering van zowel overheid als strafrecht. Tegelijkertijd werkt die begrensde toepassing legitimerend voor het strafrecht. De gelijkwaardige andere beginselen heeft Strijards *naast* de staatsmachtbeperking geplaatst, maar het zou niet vreemd zijn geweest als de overige vier beginselen juist *onder* de staatsmachtbeperking waren gepositioneerd.

De resterende beginselen waarmee de wetgever van 1886 volgens Strijards rekening hield bij het optuigen van het strafrecht, zijn het gelijkheids-, juricentrie-, individualiserings- en rechtszekerheidsbeginsel.<sup>12</sup> Strijards komt op basis daarvan tot de slotsom dat de wetgever ervan uit is gegaan dat "*alleen een gedraging de strafrechtelijke aansprakelijkheid kon doen ontstaan*".<sup>13</sup> Met dat uitgangspunt dacht de wetgever volgens Strijards de 'zedekunde' buiten de deur te kunnen houden (juricentriebeginsel). Uit de kenbaarheid van de gedraging voor alle rechtsgenoten vloeit voort, dat de wetgever de rechtszekerheid dient omdat door het vereiste van een gedraging geen twijfel hoefde te bestaan over de juiste toepassing van het strafrecht (rechtszekerheidsbeginsel). Daarbij sluit volgens Strijards aan dat door de gedraging iedere burger voor het strafrecht gelijk was. Het *ius puniendi* zou worden uitgeoefend zonder aanzien des persoons (gelijkheidsbeginsel). Naast de waarneembaarheid van de gedraging is de koppeling van de gedraging met de dader van groot belang. Uit het laatste beginsel volgt dat de gedraging raakte aan de individuele dader en niet aan het collectief (individualiseringsbeginsel).

Aan de vijf beginselen lijkt optimaal te kunnen worden voldaan door als ingang naar bestraffing te kiezen voor de gedraging. De gedraging zou daarom normatief, principieel de enige vorm moeten zijn op basis waarvan zou kunnen worden gestraft. De vraag doet zich voelen wat onder de gedraging vanuit rechtsstatelijk theoretisch perspectief moet worden begrepen.

---

<sup>9</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 7-13.

<sup>10</sup> J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 155.

<sup>11</sup> G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 12-13.

<sup>12</sup> Idem, p. 9-15.

<sup>13</sup> Idem, p. 15.



*De gedraging*

Strijards noemt de gedraging 'iets stoffelijks', 'een gegeven in de historische werkelijkheid', 'iets bij uitstek reëls', 'iets uiterlijks', 'iets ruimtelijks' en dergelijke benamingen meer.<sup>14</sup> Deze aanduidingen klinken als treffende benamingen voor een ruim opgevatte gedraging. Strijards heeft zijn beginselen betreffende de uitgangspunten van de wetgever van 1886 evenwel gekoppeld aan de enge spierfysieke handeling.<sup>15</sup> De stelling dat de wetgever een dermate beperkte opvatting van de gedraging op het oog had, is door Van Woensel weerlegd. Zij heeft laten zien dat de spierfysieke handeling hooguit dominant was bij de vormgeving van veel strafbepalingen, maar dat de wetgever bepaald niet afkerig was van andere vormen: "*de wetgever zag nalaten als gelijkwaardig aan handelen*".<sup>16</sup> Niet voor niets heeft ook Knigge de gedraging aangeduid als – kort gezegd – een 'complex van doen en laten'.<sup>17</sup> Hoewel zodoende kan worden beweerd dat Strijards bij zijn beginselen is uitgegaan van een te strikte opvatting van de gedraging in de strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer van de wetgever, kunnen niettemin Strijards' beginselen, voor zover die worden gekoppeld aan een minder eng ingevulde gedraging, een behoorlijk raak beeld geven van de positie van de gedraging in het strafrecht als onderdeel van de uitwerking daarin van de democratisch rechtsstatelijke gedachte die strafbaarheid alleen legitimeert in een uitgewerkt en verantwoord systeem. Hieronder zal blijken dat daar ook anders over kan worden gedacht.

*Strafrechtstoepassing volgens Van Woensel*

Van Woensel betreft de vijf beginselen van Strijards vrij strikt op de gedraging en weersprekt dat de betreffende beginselen zouden verklaren waarom is gekozen voor de gedraging als ingang naar strafrechtstoepassing. Van Woensel meent dat de strafwetgever vooral heeft aangeknoopt bij de gedraging omdat alleen kan worden gestraft als kan worden toegerekend<sup>18</sup> en voor die toerekening was een bepaalde wil bij de dader vereist. De verbinding tussen het vrije wilsbesluit en de toerekening zou volgens Van Woensel door de gedraging moeten worden gemaakt. Dát is volgens haar de reden dat de gedraging de ingang is naar bestrafing. "*Het zijn deze ideeën over de toerekenbaarheid en het wilselement die de 'nulla poena sine actione'-regel verklaren: de wil, waarop de dader (of deelnemer) diende*

<sup>14</sup> Idem, p. 16-17.

<sup>15</sup> Idem, p. 17 e.v. Zie tevens A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 9.

<sup>16</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 9 en G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 21.

<sup>17</sup> G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap', *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 132 en 136.

<sup>18</sup> De betekenis van 'toerekening' luidde in 1886 anders dan jaren later in de context van functioneel daderschap het geval was. In 1886 was toerekening 'het verbindend element tussen gedraging en vrije wilsbepaling', A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 170-171.

*te worden aangesproken, kon (en kan) alleen met een gedraging in verband worden gebracht. Alleen een handeling of verzuim is terug te voeren op de (mogelijke) wilsbepaling”.*<sup>19</sup>

Van Woensel en Strijards lijken de verhouding tussen strafrechtstoepassing en de gedraging allebei vanuit de andere kant te hebben benaderd. Waar bij Strijards de vraag was hoe de wetgever aan de veronderstelde bovenwettelijke beginselen invulling heeft gegeven en waar bij Strijards het antwoord luidde dat dat gebeurde door een beperkt opgevatte gedraging in de vorm van een spierfysieke handeling, daar lijkt de leidende vraag op dit deelaspect bij Van Woensel te zijn geweest: hoe kan de keuze voor de gedraging worden verklaard? In haar antwoord is de vrije wilsbepaling van de autonome burger doorslaggevend. Het adagium ‘geen straf zonder gedraging’ is in de ogen van Van Woensel geldend, omdat de gedraging niet mogelijk is zonder wilsbesluit. Pas wanneer die (vrije) wilsbepaling er is, zou volgens Van Woensel kunnen worden toegerekend (in de oude zin des woords) en kan de burger strafbaar zijn. De (vrije) wilsvorming, en de persoonlijke binding daardoor tussen daad en dader, is één van de onderscheidende kenmerken die de gedraging zo belangrijk maken voor de begrenzing van het strafrecht van de overheid. Wanneer minder vanuit de gedraging zou worden gekeken, en meer – met Strijards – vanuit de beperking van het ius puniendi, dan zou duidelijk kunnen worden dat ook daar de ‘vrije wilsbepaling’ een rol van betekenis speelt.

#### *Samensmelting Van Woensel en Strijards*

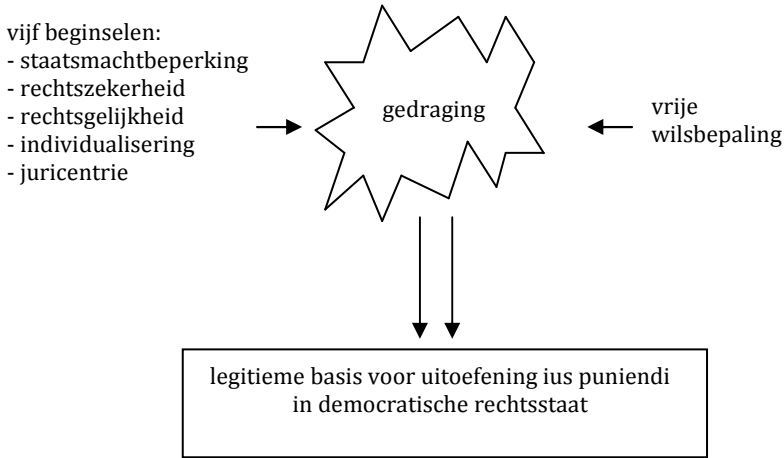
Van Woensel erkent dat de vijf beginselen van Strijards eigenlijk niet dienden ter verklaring van de gedraging, maar daar op andere wijze mee in verband staan.<sup>20</sup> Voor wat betreft het beginsel van staatsmachtbeperking, meende Van Woensel dat dat beginsel de gedraging niet verklaart omdat “*ook door strafbaarstelling van gedragingen [...] vergaande inbreuken [kunnen – BK] worden gemaakt op de individuele vrijheid en de persoonlijke levenssfeer van de burger*”.<sup>21</sup> Van Woensel lijkt daarmee te hebben willen aangeven dat de gedraging geen recht doet aan het beginsel van de staatsmachtbeperking omdat mogelijk de staatsmacht daardoor helemaal niet wordt beperkt. Van Woensel doet met haar opmerking over het beginsel van staatsmachtbeperking de inhoud die zij zelf aan de gedraging heeft gegeven tekort. De strafbaargestelde gedragingen die ongehinderd door het beginsel van staatsmachtbeperking vergaande inbreuken mogelijk maken, zijn evengoed gedragingen in de door Van Woensel voorgestane zin zodat daaraan op dezelfde wijze een vrije wilsbepaling ten grondslag moet liggen. Van te vergaande inbreuken zal dan geen sprake zijn: strafrechtstoepassing is immers beperkt tot gevallen waarin van vrije wilsbepaling sprake is.

---

<sup>19</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 11.

<sup>20</sup> Idem, p. 12.

<sup>21</sup> Idem, p. 13.



Zo beschouwd, zouden bovenstaande interpretaties van de opvattingen van Strijards en Van Woensel elkaar goed kunnen aanvullen. De positionering door Van Woensel van de gedraging als verbinding tussen de vrije wilsbepaling en strafrechtsuitoefening, begrenst ook het ius puniendi van de overheid. De beginselen van Strijards zouden kunnen worden ingekleurd met behulp van de gedraging zoals Van Woensel schetst dat die ten grondslag ligt aan de vormgeving van het Wetboek van Strafrecht. Tegen die achtergrond springen twee kenmerken van de gedraging eruit: i) de gedraging is waarneembaar zodat toepassing van het strafrecht voorspelbaar kan zijn en ii) de gedraging bindt de individuele dader op unieke wijze. Daarin zijn de, als democratisch rechtsstatelijk opgevatte, beginselen van Strijards en de, aan vrije wilsbepaling gekoppelde, gedraging van Van Woensel verwerkt.

De vraag of de gedraging inderdaad als principiële normatieve ondergrens van de vormgeving van legitieme strafrechttoepassing moet worden begrepen, dient in het licht van het voorgaande positief te worden beantwoord. Vervolgens rijst de vraag of de twee voornoemde karakteristieken van de gedraging inderdaad over de kwaliteit beschikken het ius puniendi van de overheid te begrenzen.

### 2.2.2 Twee karakteristieken van de gedraging in een democratische rechtsstaat

Eén van de begrenzingen van het ius puniendi, te weten de gedraging, is relevant voor de positionering van de bijzondere (corporatieve) daderschapsvorm bij zorgplichtbepalingen in het materiële strafrecht en de democratisch rechtsstatelijke beoordeling daarvan. Een belangrijke vraag is namelijk wanneer een bepaalde ingang naar bestrafing nog wel, en wanneer niet meer, acceptabel is. Remmelink meende: *“In ons systeem neemt de handeling zelfs een betrekkelijk onbelangrijke plaats in. Haar taak is [...] de aanduiding van de ‘onderste grens’: de elimine-*

*ring van die gebeurtenissen die niet als strafrechtelijk handelen kunnen gelden*".<sup>22</sup> In het citaat valt op, dat de gedraging in de ogen van R Emmelink niet zou mogen worden losgelaten. De gedraging is een ondergrens: alles wat geen gedraging is, kan niet gelden als basis voor uitoefening van het ius puniendi.

De vraag rijst hoe op democratisch rechtsstatelijk niveau de gedraging moet worden begrepen. Om die vraag te beantwoorden zullen in het navolgende de twee eerder genoemde karakteristieken nader worden besproken: de waarneembaarheid van een gedraging en de unieke individuele betrokkenheid van de dader. Deze twee karakteristieken zullen uiteindelijk relevant zijn voor de beoordeling van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen. Indien in dat verband, zoals wordt verondersteld, inderdaad aan het ouderschap geen gedraging ten grondslag zou liggen, zal voor de democratisch rechtsstatelijke houdbaarheid van zorgplichtbepalingen moeten worden gezien of het ouderschap bij zorgplichtbepalingen niettemin wordt gekenmerkt door waarneembaarheid en individuele betrokkenheid. Dan zou immers – ondanks het ontbreken van een gedraging – de bijzondere ouderschapsvorm bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen toch democratisch rechtsstatelijk houdbaar zijn en in het hedendaagse geldende materiële strafrecht kunnen worden ingepast. De betreffende toets zal plaatsvinden in hoofdstuk 6 en 7. Eerst is bespreking nodig van de twee karakteristieken die maken dat de gedraging als ingang naar uitoefening van het ius puniendi in een democratische rechtsstaat de meest acceptabele ingang is.

### *Waarneembaarheid*

Wat is de gedraging? Zoals gezegd is een definitie lastig te geven. Een kenmerk van de gedraging is dat zij vooral in de fysieke buitenwereld objectief waarneembaar is. De gedraging brengt iets teweeg. *"In het strafrecht moet de daad, ook als het een verzuim of een nalatigheid (dus spierkrachtelijk beschouwd een passiviteit) is, als een 'Störenfried' waargenomen (ervaren) kunnen worden"*.<sup>23</sup> De waarneembaarheid is belangrijk. Daardoor kan een bepaalde gebeurtenis (bijvoorbeeld het intreden van een bepaald gevolg) worden begrepen, getoetst en gewaardeerd. Het maakt het optreden ertegen van de overheid beter te volgen voor anderen, hetgeen eraan bijdraagt dat de toepassing van het strafrecht legitiem kan zijn. Toepassing van het strafrecht zou onacceptabel zijn indien zou worden gestraft voor een gebeurtenis die niet kan worden waargenomen. De enkele gedachte bijvoorbeeld, die zich in iemands hoofd afspeelt en daardoor niet schadelijk kan zijn, leent zich niet voor bestraffing. Niet ter bescherming tegen dergelijke menselijke onvatbaarheden is door de burgers in een democratische rechtsstaat een deel van de vrijheid ingeleverd. Het strafrecht werd aan de overheid slechts overgedragen ter bescherming van de orde en structuur in de maatschappij.

---

<sup>22</sup> J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971, p. 84.

<sup>23</sup> J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 162.

Het praktisch probleem van ‘gedachten’ zou ook zijn dat ze moeizaam in een wet kunnen worden neergelegd. Dat probleem kent de gedraging niet. Juist omdat gedragingen goed kunnen worden waargenomen, kunnen ze op begrijpelijke wijze worden omschreven. Daarmee is de voorzienbaarheid van burgers gediend. De aanleiding voor bestrafing in een democratische rechtsstaat behoort immers voorspelbaar en duidelijk te zijn; niet schimmig (zie hierna paragraaf 2.3).

De waarneembaarheid van de ingang tot bestrafing is aldus het eerste relevante kenmerk. Het tweede karakteristieke punt van de gedraging zou kunnen worden aangeduid als de unieke individuele betrokkenheid van de dader bij de daad. Deze betrokkenheid wordt in de volgende alinea besproken.

### *Unieke individuele betrokkenheid*

Het is niet verboden strafbare feiten te begaan.<sup>24</sup> De burger mag zich zo willekeurig opstellen als hij wil; hij is strafrechtelijk verantwoordelijk voor een strafbaar gestelde gedraging maar ook niet verder. De gedraging kan worden gekoppeld aan een individuele burger. De unieke gedraging bindt de individuele autonome dader. Slechts tot op die hoogte – dat wil zeggen tot en met de gedraging en niet verder – heeft de burger een deel van zijn vrijheid afgestaan zodat slechts tot op die hoogte zijn vrijheid mag worden beperkt. De gedraging doet daarmee recht aan de zelfbeschikking van de burger. Door de overheid kan de burger strafrechtelijk niet anders worden aangesproken dan voor een gedraging. Op een gedraging kan een burger worden afgerekend; op een juridische verantwoordelijkheid zonder gedraging niet. De koppeling tussen gedraging en dader is van belang. De burger kan alleen verantwoordelijk zijn voor een aan hem zelf gelieerde gedraging. Ook het controleprincipe van Van Dijk – dat overigens nauw met subjectieve bestanddelen en schulduitsluitingsgronden samenhangt en niet direct met daderschap – ademt die gedachte uit. Het principe houdt in “*dat aan burgers een redelijke gelegenheid moet worden geboden om uit de greep van het strafrecht te blijven*”.<sup>25</sup> Dat kan als volgt kernachtig worden uitgelegd. “*Strafrechtelijke aansprakelijkheid moet daarom berusten op het beginsel dat een burger alleen kan worden gestraft wanneer hij controle over zijn gedragingen kon uitoefenen*”.<sup>26</sup> Het strafrecht kan, met andere woorden, pas verantwoord worden uitgeoefend wanneer de burger zelf de gebeurtenissen in de hand had. En die gebeurtenis moet aan hem als individu kunnen worden gekoppeld. De gedraging leent zich daar goed voor. Slechts ten aanzien van dergelijke feitelijke toedrachten heeft de burger, zoals gezegd, een deel van zijn vrijheid ingeleverd op grond waarvan de overheid

<sup>24</sup> P.A.M. Mevis, ‘Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden’, *Ars Aequi* 1998-11, p. 870-876, zie p. 872-873 en P.A.M. Mevis, ‘Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht’, in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-35, zie p. 22.

<sup>25</sup> A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf*, (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 2008, p. 4 en 10.

<sup>26</sup> K. Rozemond, ‘Boekbespreking’, *Delikt en Delinkwent* 2009-3, p. 218-239, zie p. 218.

strafrechtelijk kan optreden. Dat optreden kan plaatsvinden wanneer de vrijheid van de ene burger door een andere burger wordt beperkt en eigenrichting door eerstgenoemde op de loer ligt.

Voornoemd aspect van zelfstandige betrokkenheid bij een gedraging van een vrije burger als geadresseerde van een norm, kan worden verduidelijkt door het in de vorm van een vergelijking te confronteren met een tegengestelde opvatting waarin een alternatief voor de gedraging als ingang naar bestraffing wordt gehanteerd, te weten de toebedelingsbenadering. In de literatuur is wel opgemerkt dat de dagen van de gedraging zijn geteld en dat de toebedelingsbenadering, met een rechtsgoedschending als ingang naar bestraffing, mogelijk een beter alternatief is. De vraag kan worden opgeworpen of rechtsgoedschendingen beter of slechter functioneren als onderbouwing en begrenzing van het *ius puniendi* dan de gedraging.

In plaats van de benaming 'toebedelingsbenadering' zou ook gelezen kunnen worden 'strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer'. De benaming strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer is ontleend aan Wemes. Hij schrijft dat ook bijvoorbeeld de zorgplichttheorie van Nieboer daaronder gerubriceerd zou kunnen worden.<sup>27</sup> Bij de toebedelingsbenadering wordt in de volgende paragraaf stilgestaan.

### **2.2.3 Toebedelingsbenadering en rechtsgoedschending in plaats van de gedraging?**

Nieboer heeft een eigen begrippenapparaat ontwikkeld zodat het wetboek kon worden "*ingepast in modernere denkkaders*".<sup>28</sup> Nieboer spreekt in zijn theorie over verzuim (later 'zorgplichtschending'<sup>29</sup>), onrecht en verwijt.<sup>30</sup> De plicht het onrecht te voorkomen, rust op de geadresseerde van de strafrechtelijke norm. Problematisch daaraan is dat de rechter beoordeelt wie dat is. Dat strijdt met het legaliteitsbeginsel.<sup>31</sup> Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is volgens Nieboer daarnaast vereist dat geen sprake is van een strafuitsluitende omstandigheid: verzuim, onrecht en verwijt kunnen onder omstandigheden stuk voor stuk worden uitgesloten. Zo zou gedacht kunnen worden aan de 'verzuimuitsluitingsgrond' noodtoestand als conflict van zorgplichten.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 69-70.

<sup>28</sup> A.J.M. Machielse en D. Schaffmeister, 'Onrecht en zorgplicht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-52, p. 33.

<sup>29</sup> W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 120.

<sup>30</sup> W. Nieboer, 'Verzuim', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 455.

<sup>31</sup> P.A.M. Mevis, 'Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie,' in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie. Preadvies 2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 123-169, zie p. 131.

<sup>32</sup> W. Nieboer, 'Verzuim', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 456. De zorgplichten uit de theorie van Nieboer mo-

Strijards houdt er in de kern dezelfde visie als Nieboer op na. De in het bovenstaande al besproken - onjuiste - opvatting dat de wetgever van 1886 zou zijn uitgegaan van de te beperkte spierfysieke handeling, heeft uiteindelijk toch ertoe geleid dat, in de ogen van Strijards, de werkelijkheid van de gedraging niet meer overeenkwam met de onderliggende beginselen van de wetgever.<sup>33</sup> Strijards kwam daarom met een 'herziening van de aansprakelijkheidsleer'. Hij meende dat zijn toenmalige rechtsgevoel hem noodzaakte "*de zaken fundamenteel om te draaien*". Als ingang zou moeten worden gekeken naar het rechtsgoed dat in het geding is.<sup>34</sup> De strafwet "*zeft niet rechtstreeks om welk rechtsgoed het gaat [...]. Zij begint achteraan (als het 'te laat is')*: zij zegt, wat er kan gebeuren als iemand een bepaalde opstelling inneemt waardoor het goed gekrenkt wordt".<sup>35</sup> Een zorgplichtschending houdt ook bij Strijards in dat publieke rechtsgoederen worden geschonden die de strafwet duidelijk probeert veilig te stellen door straf te bedreigen tegen degene die een dergelijk rechtsgoed krenkt.<sup>36</sup> Elders spreekt hij van het 'oorzakelijk spoor terugvolgen'.<sup>37</sup> Daarmee wordt de zoektocht naar de dader omgekeerd: niet langer wordt gekeken naar de gedraging maar naar het gevolg.<sup>38</sup>

Door Nieboer en Strijards is op deze wijze voorzien in een frisse, en toentertijd vernieuwende, visie op het strafrecht. Het heeft tot denken en discussie aanzet.<sup>39</sup> Nieboer slaagde erin het strafrecht uit de sleutel van de gedraging te halen en de zorgplichtschending als nieuwe hoeksteen van het strafrecht op te voeren. Voor Wemes was dit één van de aanleidingen te spreken van de *civilisering van het strafrecht*.<sup>40</sup>

---

gen overigens niet worden verward met de in voorliggend onderzoek centraal staande wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Nieboer heeft voorgesteld de gedraging over de *gehele breedte* in het strafrecht te vervangen door een zorgplichtschending en daarmee vooral vanuit een rechtsgoedschending te bezien wie daarvoor verantwoordelijk is (vergelijk W. Nieboer, 'Strafrechtelijke zorgplichten', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 255-270; W. Nieboer, 'Verzuim', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p.455-464 en W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991). Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen vormen een zeer bescheiden strafrechtelijke minderheid en bovendien staat in die bepalingen zelf de zorgplicht opgenomen. Die zal niet van elders hoeven te worden gehaald (zie hierna paragraaf 4.3).

<sup>33</sup> G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 49-52.

<sup>34</sup> Idem, p. 48.

<sup>35</sup> Idem, p. 55-56.

<sup>36</sup> Idem, p. 50 en 55.

<sup>37</sup> Idem, p. 17.

<sup>38</sup> J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 161-162, P.A.M. Mevis, 'Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie', in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie. Preadvies 2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 123-169, zie p. 128-130.

<sup>39</sup> M.S. Groenhuijsen, 'Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 1-19, zie p. 19.

<sup>40</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 76.

*Exit vierstappenmodel?*

In de toebedelingsbenadering of aansprakelijkheidsleer gaat het niet om de gedraging maar ligt het aanknopingspunt voor bestraffing *“in de relatie tussen veroorzaakte schade en het daarvoor (strafrechtelijk) aansprakelijk te stellen individu”*.<sup>41</sup> De gedraging wordt in die benadering als ingang naar bestraffing nadrukkelijk losgelaten. Volgens Wemes is een kenmerk van die visie *“dat niet zozeer de vraag centraal staat óf er ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ in concreto bestaat, maar de vraag dreigt te gaan overheersen wie op te draaien heeft voor bepaalde (achteraf te beziene) schadelijke gevolgen”*.<sup>42</sup> De typerende gedachte in de alternatieve toebedelingsbenadering lijkt het concept van een rechtsgoedschending. De bescherming van rechtsgoederen wordt verondersteld achter het strafrecht schuil te gaan. Dat een rechtsgoed zou zijn geschonden, zou in de toebedelingsbenadering toepassing van het strafrecht legitimeren.

Deze alternatieve benadering lijkt te zijn ingegeven door de opvatting dat de gedraging niet meer zou volstaan.<sup>43</sup> Tegen het traditionele vierstappenplan waarin de gedraging wordt ondergebracht, zijn verschillende bezwaren aangevoerd. Wemes signaleert in de literatuur drie punten op grond waarvan de gedraging tegenwoordig tekort zou schieten. Hij geeft aan wat er ‘mis’ was geworden met de traditionele benadering van de gedraging als uitgangspunt. Ten eerste dreigden allerlei vormen van ouderschap, die niet uit het eigenhandig stellen van de delictsgedraging bestonden, buiten de boot te vallen. Zoveel jaar na de invoering van het Wetboek van Strafrecht zou wegens de opkomst van een functionelere benadering niet slechts de feitelijke delictsgedraging meer relevant zijn. Ten tweede zou de gedraging zorgen voor een overaccentuering van het psychologische moment in het handelingsbegrip. Maar ook de psychologische toestand voorafgaand aan de gedraging zou in het strafrecht een rol van betekenis kunnen spelen. Ten derde werd gemeend dat met de gedraging een moment in tijd wordt gefixeerd waardoor andere omstandigheden een mindere of zelfs geen rol spelen terwijl die wel van groot belang zouden kunnen zijn.

Met deze drie kritiekpunten lijkt de gedraging echter tekort te worden gedaan. Zo krap als wordt gesteld, zit de gedraging niet in haar jasje. De aanhangers van de toebedelingsbenadering geven de gedraging te beperkt weer. De gedraging moet in de (in ieder geval thans geldende) juridische werkelijkheid immers zelfs zo ruim worden opgevat dat gedragingen van de één over de band van toerekening kunnen gelden als gedraging van de ander (functioneel ouderschap). Naast dat enerzijds dus de gedraging lijkt te worden tekort gedaan in de toebedelingsbenadering, is tegelijkertijd kritiek te vernemen dat de toebedelingsbenadering zelf – wegens het vanuit een rechtsgoedschending terugredeneren – nog minder zou

---

<sup>41</sup> Idem, zie p. 70.

<sup>42</sup> Idem, zie p. 70.

<sup>43</sup> Idem, zie p. 70.



kunnen volstaan als ingang naar bestraffing dan de gedraging dat doet.<sup>44</sup> Daardoor worden de strafrechtelijke mogelijkheden van de overheid te zeer verruimd. Anders gezegd: naast dat het bereik van de gedraging onjuist wordt uitgelegd, is de toebedelingsbenadering zelf evenmin zaligmakend. Het is waardevol hieronder te bezien welke benadering vanuit theoretische invalshoek de voorkeur behoort te verdienen. Nadere uitwijdingen over welke ingang naar bestraffing in het hedendaagse materiële strafrecht de overhand heeft, komen in hoofdstuk 3 aan de orde omdat het daar gaat over materieel strafrecht. Hier gaat het eerst over de rechtsstatelijke voorkeur voor een ingang naar bestraffing.

### *Toebedelingsbenadering of gedraging?*

In het voorgaande is onder woorden gebracht dat de gedraging op het abstract-theoretische niveau van de rechtsstaat haast niet te definiëren valt. Wel kon een aantal kenmerken worden gegeven waarmee de gedraging zich onderscheidt van de rechtsgoedschending als alternatieve ingang naar strafbaarheid. Die kenmerken zijn de waarneembaarheid en de unieke individuele binding met de dader. Dit laatste ontbreekt bij de rechtsgoedschending.

Als ingang naar strafbaarheid is terecht niet de bescherming van rechtsgoederen gebruikt.<sup>45</sup> Van de in de toebedelingsbenadering centraal staande rechtsgoedschendingen zou kunnen worden gezegd dat die slechts zijn gebruikt als houvast bij strafbaarstellingsbeslissingen en bij het optuigen van materieelrechtelijke regelingen. Bij de rechtsgoedschending verwordt de daderschapsvraag uiteindelijk een vraag van toedeling: wie zou strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen zijn voor een geconstateerde rechtsgoedschending? Het grote probleem van die benadering is dat de individuele connectie met de dader – die wel bestaat bij de gedraging – wordt losgelaten. Indien zou worden tegengeworpen dat de *concrete* rechtsgoedschending toch ook wel een directe band zal hebben met de dader, heeft men de kern gemist: de betreffende concrete rechtsgoedschending is dan namelijk een gedraging zodat naar de toebedeling als alternatief geen vraag bestaat.

In de toebedelingsbenadering wordt uitgegaan van een abstractere rechtsgoedschending. Bij die vorm van een rechtsgoedschending wordt van achteren naar voren geredeneerd. Er wordt dan niet gezocht naar een gedraging, maar er wordt gezocht naar verantwoordelijke personen. Op het gevaar van deze aanpak is door Machielse en Schaffmeister beeldend gewezen. De *“voorgestelde aanpassing van ons vertrouwd instrumentarium bergt ons inziens het gevaar in zich dat het onaanvaardbaar gedrag waartegen het strafrecht zich dient te richten niet in een krach-*

<sup>44</sup> A.J.M. Machielse en D. Schaffmeister, 'Onrecht en zorgplicht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-52

<sup>45</sup> P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-35, zie p. 22.

*tige lichtstraal als van een zoeklicht wordt gevangen. Veeleer dreigen zeer vele gedragingen en zeer vele personen in een kwaad strafrechtelijk (dag)licht te worden gesteld. Wellicht zullen bedieningsgemak en bedrijfszekerheid van het vernieuwde instrument door degenen die zich met opsporing en vervolging bezighouden worden geprezen, maar als baken voor de justitiabele boet het strafrecht naar onze overtuiging in".*<sup>46</sup> Die krachtige lichtstraal blijft vereist, maar de rechter moet die op grond van feiten en omstandigheden van het concrete geval (verantwoord) construeren. Ook daartoe zal moeten worden aangehaakt bij de gedraging. De vergelijking met het loslaten van de krachtige lichtstraal die idealiter tevens als baken voor de vrije burger fungeert, is treffend. Dan wordt niet zoals bij de gedraging als ingang naar bestraffing gekeken naar degene(n) die een baksteen door een raam gooide(n), maar wordt gekeken naar de vernieling van het raam en wie daarvoor verantwoordelijk zijn. Dergelijke schade-allocatie is misschien aanvaardbaar in het civiele recht van burgers onderling, maar voor het strafrecht kan stellig worden betwijfeld of schadeverdeling de ingang en daarmee de basis van strafrechtelijke leedtoevoeging zou moeten zijn. In het strafrecht worden immers vergaande fysieke inbreuken gemaakt door een matig gelegitimeerde overheid op de vrijheid van personen. Indien de gedraging zou worden vervangen door de toebedelingsbenadering en de rechtsgoedschending, is de insteek niet meer 'hij die een ruit vernielt, wordt gestraft'. De insteek is dan 'hij die verantwoordelijk is voor de vernielde ruit wordt gestraft' en dát is een fundamenteel andere benadering die niet zonder invloed is voor de wijze waarop naar het ius puniendi behoort te worden gekeken omdat de concrete invulling door de wet van de verantwoordelijkheid ontbreekt.

Ervan uitgaande dat in een democratische rechtsstaat het ius puniendi zo min mogelijk moet worden uitgeoefend en ervan uitgaande dat als het al wordt gehanteerd die toepassing voor de burger duidelijk moet zijn, kan worden gesteld dat de rechtsgoedschending opgevat als toebedelingvraagstuk, niet voldoet aan de abstract-theoretische eisen die aan de strafrechtstoepassing in een democratische rechtsstaat worden gesteld. Bij de toebedelingsbenadering gaat het om de verantwoordelijkheid voor een vernielde ruit, althans een geschonden rechtsgoed, en de allocatie van de betreffende schade. Die verantwoordelijkheid zou ook op de schouders van omstanders en andere indirect betrokkenen rusten. Als echter de gedraging voorop staat, gaat het om de gedraging waardoor de ruit werd vernield, zodat de kring van aangesprokenen een stuk kleiner is. In een democratische rechtsstaat waarin de overheid zich zo min mogelijk inmengt en waarin toepassing van het strafrecht voorspelbaar is, slaat de balans dan vanzelfsprekend door naar de gedraging als eerste stap binnen het in hoofdstuk 3 uit te werken vierstappenmodel. Het bestraffen van vrije burgers door een suboptimaal

---

<sup>46</sup> A.J.M. Machielse en D. Schaffmeister, 'Onrecht en zorgplicht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-52, zie p. 52.

gelegitimeerde overheid is dermate verstrekkender dan privaatrechtelijke schadeverdeling, dat een concreter aanknopingspunt is vereist voordat het ius puniendi kan worden uitgeoefend. Dat concretere aanknopingspunt is de gedraging. De gedraging ter beperking van het ius puniendi is misschien niet *ideaal*, maar gezien het alternatief wel *optimaal*.

### 2.2.4 Tussenstand en koppeling met hoofdstuk 3

Teneinde te achterhalen wat een gedraging op het abstract-theoretische niveau van een democratische rechtsstaat is, kan hooguit een aantal kenmerken worden aangereikt dat bepalend is voor de idee van de gedraging als ingang naar uitoefening van het ius puniendi in een democratische rechtsstaat. Uit de combinatie van de opvattingen van Strijards en Van Woensel, en uit de confrontatie met de toebedelingsbenadering volgt dat kenmerkend zijn (i) de waarneembaarheid van de gedraging en (ii) de individuele betrokkenheid van de dader bij de gedraging. Aan de hand van deze twee karakteristieken zal moeten worden beoordeeld of bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin sprake is van een ingang naar bestrafing zoals die in een democratische rechtsstaat acceptabel is ter beperking van de strafmacht van de overheid.

In het positieve materiële strafrecht – dat als concreter theoretisch niveau kan worden gezien ten opzichte van de democratische rechtsstaat – wordt onder de gedraging een complex van doen en/of laten verstaan.<sup>47</sup> Vooruitlopend op hoofdstuk 3 is de gedraging in het materiële strafrecht veel meer dan een gewilde spierbeweging. Alle delicten kennen dan ook een vorm van een gedraging. Dat was voor de wetgever van 1886 eveneens vanzelfsprekend.<sup>48</sup> Of ten aanzien van dat specifieke onderdeel daadwerkelijk geen verschil bestaat tussen verschillende uitersten zoals bijvoorbeeld commissiedelicten, omissiedelicten, gevolgsdelicten en voortdurende delicten omdat het handelen, het nalaten, het veroorzaken en het aanwezig hebben allemaal materieelrechtelijke gedragingen zijn, is aan de orde in hoofdstuk 3 en 4. Deze gedragingen lijken in ieder geval stuk voor stuk over de twee bovengenoemde kenmerken te beschikken die zijn vereist om te kunnen spreken van een gedraging in democratisch rechtsstatelijke zin, te weten in de zin die moet worden afgeleid uit de samenvoeging van de eerder besproken handreikingen van Strijards en Van Woensel.

Een belangrijke vraag in voorliggend proefschrift is of voor het gedragsbestanddeel 'zorgen' bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen hetzelfde geldt als ten aanzien van alle andere delictsgedragingen in het materiële strafrecht. Ter beantwoording daarvan moet worden gekeken naar de twee eerder genoemde kenmerken van waarneembaarheid en individuele betrokkenheid. Is,

<sup>47</sup> G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap', *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 132 en 136 en Remmelink 1996, p. 166.

<sup>48</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 8.

met andere woorden, de 'zorggedraging' voldoende waarneembaar en heeft de dader autonome invloed op de 'zorggedraging'? Het is nog kwestieus of de feitelijke toedracht bij zorgplichtbepalingen op verantwoorde wijze kan worden ingepast in het materiële strafrecht in een democratische rechtsstaat. Voor het antwoord op die vraag is het in dit hoofdstuk uitgewerkte rechtsstatelijke kader van belang. De bespreking van dat kader vereist dat nadere aandacht wordt besteed aan een ander aspect daarvan, te weten het legaliteitsbeginsel en de daarmee samenhangende rechtsvorming.

### **2.3 Legaliteitsbeginsel en rechtsvorming**

De gedraging zou gezien het voorgaande de juiste ingang naar bestraffing moeten zijn. Is het vervolgens dan zo dat iedere mogelijk te begane gedraging kan worden bestraft? Dat is uiteraard niet zo. Een volgende begrenzing van het *ius puniendi* wordt namelijk gevonden in het legaliteitsbeginsel. Slechts die gedragingen zijn voor bestraffing vatbaar die in een materieelrechtelijke regeling zijn neergelegd. Ingevolge het legaliteitsbeginsel dient, voordat tot toepassing van het strafrecht kan worden overgegaan, de hierboven abstract theoretisch beschreven gedraging vooraf door de wetgever te zijn vastgelegd in een (voldoende duidelijke) strafbepaling die door de burger kon worden gekend en begrepen.

De eis van het vastleggen van gedragsvoorschriften werkt verschillende kanten uit. De burger kan daaraan ontleen tegen welke inbreuken van andere burgers hij wordt beschermd. Diezelfde burger kan uit strafwetgeving begrijpen op welke door hem zelf begane overtredingen een sanctie zal volgen. Het is voor de burger tevens duidelijk hoe ver de strafrechtelijke macht van de overheid reikt. De tweede kant die het vastleggen van gedragsvoorschriften uitwerkt, is richting de overheid. De overheid weet wanneer optreden is vereist en belangrijker: wanneer optreden niet is toegestaan. De derde richting is die van de rechter. De rechter zal een concreet geval langs de geschreven regels moeten leggen. De vierde participant uit een democratische rechtsstaat die wordt geraakt door het legaliteitsbeginsel is de wetgever. Het legaliteitsbeginsel bevat een opdracht tot het leveren van kwaliteit. De wetgever moet zorgvuldig duidelijke regels formuleren.

In het navolgende zal eerst kort worden stilgestaan bij de formulering van strafbepalingen. In het licht van de democratische rechtsstaat is het van belang dat strafbepalingen duidelijk en inzichtelijk zijn. Daarna wordt aandacht besteed aan de strafrechtsvorming en de rol daarbinnen van de rechter en de wetgever.

#### **2.3.1 Lex certa beginsel**

In verband met de voorzienbaarheid van de toepassing van het *ius puniendi* is vereist dat bepalingen helder en duidelijk zijn opgesteld. Het *lex certa* beginsel als onderdeel van het legaliteitsbeginsel, dwingt daartoe. Ware dat anders en gold geen bepaaldheidsgebod, dan zouden burgers niet weten wanneer hun vrijheid wel en niet kon worden ingeperkt zodat ze hun gedrag daarop evenmin konden afstemmen, zou de overheid niet weten wanneer het strafrecht moest worden toegepast en zouden ook rechters geen besef hebben van wanneer bestraffing

aangewezen was. Dergelijke onbepaaldheid zou onvoldoende basis zijn voor aanwending van het ius puniendi als uiterste bevoegdheid. De wetgever zal dus heldere bepalingen moeten formuleren. Duidelijk moet zijn welke gedraging door de wetgever wordt afgekeurd.

#### *Verwerking van kritiek*

Een belangrijke vraag is of zorgplichtbepalingen wel helder genoeg zijn om te voldoen aan het *lex certa* beginsel. Daarover is enige discussie gevoerd. Ter illustratie daarvan volgt hieronder een enkel voorbeeld van de aard van dat debat. De discussie vond onder meer plaats in het kader van art. 1a Woningwet. In art. 1a Woningwet zijn twee wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin opgenomen.<sup>49</sup> Bij de betreffende bepaling is in de parlementaire geschiedenis iets meer stilgestaan dan bij andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen het geval is. In de wetsgeschiedenis zijn kritische kanttekeningen gemaakt die met name democratisch rechtsstatelijk gekleurd lijken. De wijze waarop daarmee door de Minister werd omgegaan is opvallend. Het debat verliep als volgt.

De Raad van State merkte op *“dat de voorgestelde zorgplichtbepaling een zeer vage norm bevat, die niet aanduidt welke maatregelen hadden moeten worden genomen of welke handelingen verboden waren”*.<sup>50</sup> Ook door anderen werd de vraag opgeworpen of de zorgplichtbepaling, zoals neergelegd in art. 1a Woningwet, niet strijdig is met het *lex certa*-beginsel.<sup>51</sup> De Minister was in zijn reactie de eerste om toe te geven dat de aard en de formulering van de zorgplicht materieelrechtelijk gezien *“onvermijdelijk tot enige spanning [leidt – BK] met het beginsel dat in de strafbepaling zelf het strafbare feit zo duidelijk en objectief mogelijk wordt omschreven”*.<sup>52</sup> Men zou er volgens de Minister daarom naar hebben gestreefd de werking van de zorgplichtbepaling te concretiseren, te beperken en zoveel mogelijk te objectiveren.<sup>53</sup> Voorts werd door de Minister ter onderbouwing verwezen naar een Advies van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer waarin de opvatting van de Hoge Raad gevonden zou moeten worden.<sup>54</sup> De Minister haalde het Advies van de commissie aan: *“De Hoge Raad lijkt zelfs geen enkel probleem te hebben met de strafrechtelijke handhaving van zorgplichten, terwijl men traditioneel juist bij het strafrecht een zwaardere toets aan rechtsstatelijke eisen zou ver-*

<sup>49</sup> Zie nader paragraaf 5.3.2.5.

<sup>50</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 4, p. 2.

<sup>51</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 5, p. 2.

<sup>52</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 6, p. 14.

<sup>53</sup> In hoeverre dat succesvol is gebeurd, zal in paragraaf 5.3.2.5 worden besproken.

<sup>54</sup> *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool*, april 2001; ECWM 2001/2, p. 6. De bespreking van jurisprudentie is te vinden op p. 71-73 van het Advies. Opmerking verdient dat de jurisprudentie niet ziet op wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen waarin het werkwoord *zorgen* (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel is opgenomen. Over dergelijke bepalingen lijkt de laatste twee decennia namelijk vrijwel geen uitspraak te zijn gedaan. Zie nader hoofdstuk 5.

wachten".<sup>55</sup> Daarmee lijkt de Minister zich af te vragen wie de critici dan wel niet denken dat zij zijn, als zelfs de Hoge Raad akkoord is. Opvallend is dat de slotzin van het Advies onvermeld blijft. Ten aanzien van het strafrechtelijk gebruik van zorgplichtbepalingen is de evaluatiecommissie namelijk vrij kritisch. De slotsom van het Advies luidt: "*Kortom, voor de zorgplichtbepalingen in de Wet milieubeheer in deze vorm is naar onze mening op strafrechtelijk vlak geen grote toekomst weggelegd*".<sup>56</sup> Aldus is het de Minister gelukt ter onderbouwing van de strafrechtelijk toepassing van zorgplichtbepalingen te verwijzen naar een rapport waarin dat gebruik voor het strafrecht juist werd afgeraden. De verwerping door de wetgever van de *lex certa* gelieerde kritiek, is kortom niet bijzonder sterk geweest.

### *Lex certa kritiek verstomt?*

Opvallend is dat de betreffende kritiek vanuit het *lex certa* beginsel op het gebruik van zorgplichtbepalingen lijkt te verstommen. De voornaamste reden daarvoor is waarschijnlijk dat de kritiek aan dovemansoren is gericht: de wetgever verblijft of verbloost niet terwijl ondertussen het aantal zorgplichtbepalingen lijkt te stijgen. De omslag is zichtbaar wanneer een aantal beleidsstukken uit verschillende perioden naast elkaar wordt gezet. In het Advies inzake zorgplichtbepalingen van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten stond men in 1990 aanvankelijk nog huiverig en afkerig tegenover zorgplichtbepalingen, terwijl men vijftien jaar later in rapporten uit 2004 en 2006 veel meer te spreken was over zorgplichtbepalingen (in ruime zin).<sup>57</sup> Zo zouden zorgplichtbepalingen gezien die recentere rapporten uiteindelijk "*in de strafrechtspraktijk geen omstreden fenomeen gebleken*" zijn en zou tegenwoordig in het strafrecht "*consensus over de (principiële) aanvaardbaarheid van zorgplichtbepalingen*" bestaan.<sup>58</sup> Houweling heeft benadrukt dat dezelfde omslag waarneembaar is in de adviezen van de Raad van State over dit soort kwesties.<sup>59</sup>

In hoeverre de in beleidsstukken vermeende instemming een oprechte en reële weergave van de werkelijkheid biedt, valt gezien verschillende publicaties uit de betreffende periode begin eenentwintigste eeuw streng te betwijfelen.<sup>60</sup> Ook recenter zijn kritische geluiden te horen. Door Sackers is in 2007 opgemerkt dat

<sup>55</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 6, p. 14.

<sup>56</sup> *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool*, april 2001; ECWM 2001/2, p. 135.

<sup>57</sup> Advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten inzake Zorgplichtbepalingen van 20 augustus 1990 (CTW 90/6) respectievelijk Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14 en Werkgroep Riezbos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 383, nr. 51.

<sup>58</sup> Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14, p. 18 resp. 16.

<sup>59</sup> P. Houweling, 'Advisering over zorgplichtbepalingen', *RegelMaat* 2008-4, p. 144-156, zie p. 147.

<sup>60</sup> In 2001 werd bijvoorbeeld in het eerder genoemde Advies van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, gesproken van de 'omstreden "gemakkelijkheidsoplossing" van de strafrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen' *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool*, april 2001; ECWM 2001/2, p. 134.

men in “*de literatuur kritisch blijft over de wenselijkheid en validiteit van bepalingen met zorgplichten*”.<sup>61</sup> Ook Biezeveld is van mening dat het actieve gebruik van zorgplichtbepalingen bij de strafrechtelijke handhaving van het milieurecht niet onomstreden is.<sup>62</sup> Op wetgevingsniveau lijkt men zich echter van de kritiek weinig aan te trekken. Zoals gezegd, wordt in verschillende rapporten opgemerkt dat het bestaan van zorgplichtbepalingen tegenwoordig juist onomstreden zou zijn.<sup>63</sup> Naar die constatering handelt de wetgever. Hij lijkt zich door het *lex certa* beginsel geen strobreed in de weg te laten leggen. Het bestaan van zorgplichtbepalingen is daarmee een voldongen feit en daartegen lijkt het *lex certa* beginsel niet bepaald succesvol in stelling te kunnen worden gebracht. Volgens Sackers laat de rechtspraak over het algemeen zien dat een beroep op de onverbindendheid wegens vermeende strijd met het *lex certa* beginsel over het algemeen “*weinig kans van slagen heeft*”.<sup>64</sup>

#### *Aanvaarden van vaagheid en zoeken naar materieelrechtelijke inhoud*

Berustend in het onvermijdelijke bestaan van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, nemen de succeskans en het nut af om daartegen onder de vlag van het *lex certa* beginsel ten strijde te blijven trekken. De bepalingen zijn er nu eenmaal in hun gekozen vorm. Belangrijker is het daarom te bezien wat de materieelrechtelijke werking van zorgplichtbepalingen is.

In diverse nota's die aan het parlement zijn aangeboden, is stilgestaan bij zorgplichtbepalingen. Daarom zou misschien mogen worden verwacht dat – als ergens iets omtrent de inhoud van de zorggedraging is uitgewerkt – dat bij de wetgever en in de totstandkoming van wetgeving gevonden zou worden. De Minister van Justitie heeft op enig moment de nota ‘Vertrouwen in wetgeving’ aan de beide Kamers der Staten-Generaal aangeboden. Door de Raad van State was vooraf overwogen dat zorgplichtbepalingen enerzijds een nuttige functie vervullen en vanuit het oogpunt van duurzaamheid en eenvoud van waarde zijn, maar dat anderzijds de rechtszekerheid in het gedrang kan komen en dat ook de handhaafbaarheid in het oog moet worden gehouden.<sup>65</sup> Bij de weinige aandacht die in

<sup>61</sup> H.J.B. Sackers, ‘De erosie van de geschreven gedraging’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 128.

<sup>62</sup> G.A. Biezeveld, ‘Zorgplichten in milieuwetgeving’, *RegelMaat* 2008-4, p. 122-130, zie p. 127.

<sup>63</sup> Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14, p. 16-18.

<sup>64</sup> H.J.B. Sackers, ‘De erosie van de geschreven gedraging’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 128. Zie tevens A.J.P. Tillema, ‘Enkele opmerkingen over falende compliance’, in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 97-113, zie p. 102. Overigens laat de jurisprudentie van de laatste twee decennia vooral zien dat strafbepalingen met het werkwoord zorgen (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel, eigenlijk helemaal niet worden toegepast in het ordeningsrecht. Zie nader hoofdstuk 5.

<sup>65</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 731, nr. 2, p. 9.

de nota aan zorgplichtbepalingen is besteed, lag zodoende wederom de nadruk uitsluitend op kwesties van handhaving en toepassing. Daarnaast had de Raad van State het volgende opgemerkt: *“Doelbepalingen en zorgplichtbepalingen zijn niet nieuw. Op sommige rechtsgebieden is al geruime tijd ervaring opgedaan met deze bepalingen. De nota bevat geen informatie over deze eerdere ervaringen. Voor een beoordeling van het toekomstig gebruik kan het zinvol zijn dergelijke bevindingen in de beschouwingen te betrekken”*.<sup>66</sup> Het is interessant wat de Minister met deze suggestie heeft gedaan. De Minister laat het volgende weten. *“Het kabinet onderschrijft het betoog van de Raad over de voor- en nadelen van zorgplichten en doelbepalingen. Deze regelgevingconcepten zijn niet nieuw. Onder de vorige kabinetten is op diverse terreinen onderzoek gedaan naar mogelijkheden voor zorgplichten en doelbepalingen. In algemene zin is gekeken naar het effect van open normen voor de materiële en immateriële regeldruk. Een voorbeeld van dergelijk onderzoek is Open normen en regeldruk: Een onderzoek naar de kosten en oorzaken van irritaties bij open normen in de kwaliteitszorg [...] De nota is in deze zin aangevuld”*.<sup>67</sup> Of met laatstgenoemde verwijzing recht wordt gedaan aan de wens van de Raad van State kan worden betwist.<sup>68</sup> Aanvullend is door de Minister gewezen op onder meer het programma ‘Bruikbare rechtsorde’ en het daarbinnen opgestelde rapport ‘Zorgplichten in milieuwetgeving’.<sup>69</sup> De aan de Minister geboden kans te graven in de geschiedenis en achtergrond van bijzondere oude wetten die hem door de Raad van State wordt geboden, laat hij liggen. In plaats van de kans te grijpen en een inhoudelijk licht over de materie te laten schijnen, wijst hij op rapporten waarin is gekeken naar ‘open normen en regeldruk’.<sup>70</sup> Opnieuw lijkt de materieelrechtelijke positie van zorgplichtbepalingen van ondergeschikt belang te zijn.

Veel zorgplichtbepalingen kennen een buitenstrafrechtelijke oorsprong en worden door de wetgever vrij klakkeloos het strafrechtelijk domein ingetrokken. De kwestie of het strafrecht zich voor zorgplichtbepalingen en hun mogelijk materieel afwijkende constructie wel goed leent, wordt daarbij vrijwel niet aangekaart. De vraag komt daardoor op in hoeverre de wetgever zich bij het toenemende strafbaarstellen middels zorgplichtbepalingen wel bewust is (geweest) van de materieelrechtelijke bijzonderheden die samenhangen met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. In dit onderzoek wordt in dat verband toegespitst op het *daderschap* bij zorgplichtbepalingen. Voordat daarop nader wordt ingegaan, verdient in onderhavig hoofdstuk in de context van de democratisch rechts-

---

<sup>66</sup> Idem, p. 10.

<sup>67</sup> Idem, p. 10.

<sup>68</sup> Het onderzoek is verricht aan de Universiteit Twente. B.R. Dorbeck-Jung, M.J. Oude Vrielink-van Heffen en G.H. Reussing, *Open normen en regeldruk: Een onderzoek naar de kosten en oorzaken van irritaties bij open normen in de kwaliteitszorg*, (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie), Universiteit Twente, Enschede, december 2005.

<sup>69</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 731, nr. 2, p. 10.

<sup>70</sup> Idem.



statelijke kaders een andere kanttekening bespreking naast het legaliteitsbeginsel en wel de strafrechtelijke rechtsvorming.

### 2.3.2 Rechtsvorming

De wetgever besluit dat het *ius puniendi* slechts mag worden toegepast in bepaalde gevallen. Ook omdat wat strafbaar is een politieke afweging vereist, bepaalt de wetgever de inhoud. De rechter doet dat niet. Gestraft mag worden in gevallen waarin de wetgever dat in abstracto heeft bepaald en waarin de rechter dat in het concrete geval opportuun heeft geacht. Het is theoretisch gezien niet de bedoeling dat de sanctionerende overheid zelf bepaalt wanneer zij bevoegd en gehouden is tot uitoefening van het strafrecht. Het *ius puniendi* bestaat niet buiten het geregelde materiële strafrecht dat door de wetgever en de rechter wordt vormgegeven. Het primaat ligt in die verdeling in beginsel bij de wetgever. De strafwetgeving is algemeen, niet per geval, opgesteld en is vooral niet opgesteld door een ondemocratische wetgever. De strafrechtelijke rechtsvorming en daarbinnen de verhouding tussen enerzijds de democratisch suboptimaal gelegitimeerde wetgever en anderzijds de nog minder gelegitimeerde rechterlijke macht, is van belang voor onderhavig onderzoek. Want hoewel – zoals in het bovenstaande duidelijk werd – de vaagheid van de inhoud van zorgplichtbepalingen niet zal worden gekeerd door het *lex certa* beginsel, zou het nog wel van belang kunnen zijn dat in het licht van het legaliteitsbeginsel wordt gezien wie rechtsstatelijk dient te zorgen voor de invulling van zorgplichtbepalingen. Doordat de wetgever voorziet in vage bepalingen, zou op de rechter teveel de zeggenschap kunnen komen te rusten voor de daadwerkelijke uitwerking van zorgplichtbepalingen. Daarmee lijkt het primaat enigszins te verschuiven en kan de vraag worden opgeworpen of dat problematisch is.

Kijkend naar art. 7 EVRM lijkt volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet zozeer het primaat van de wetgever centraal te staan bij de beoordeling of afbreuk is gedaan aan het legaliteitsbeginsel, maar gaat het veeleer om kenbaarheid van strafrechtstoepassing. In de uitspraak C.R. tegen het Verenigd Koninkrijk werd als volgt overwogen.

*“33. [...] From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. In its aforementioned judgment the Court added that this requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. The Court thus indicated that when speaking of "law" Article 7 (art. 7) alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability[...].”<sup>71</sup>*

<sup>71</sup> EHRM 22 november 1995, zaak 20190/92, (C.R. tegen Verenigd Koninkrijk).

Hoe de invulling van het recht ('the law') volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens plaatsvindt, is onder meer te lezen in de Kafkaris-zaak.

*"139. When speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law [...] In this connection, the Court has always understood the term "law" in its "substantive" sense, not its "formal" one. It has thus included both enactments of lower rank than statutes and unwritten law [...] In sum, the "law" is the provision in force as the competent courts have interpreted it (see Leyla Sahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, § 88, ECHR 2005-XI)".<sup>72</sup>*

Weer teruggrijpend op C.R. tegen het Verenigd Koninkrijk werd in die uitspraak vervolgens overwogen:

*"34. However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen".<sup>73</sup>*

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert over het algemeen vrij consequent deze formuleringen. Een delict is 'clearly defined in law' wanneer de betrokken persoon uit de bewoordingen van het toepasselijke voorschrift en, voor zover noodzakelijk met behulp van rechterlijke interpretatie, kan beseffen welk gedrag hem strafrechtelijk aansprakelijk maakt. Het legaliteitsbeginsel sluit volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens graduele verheldering van de regels voor strafrechtelijke aansprakelijkheid door middel van rechterlijke interpretatie ('if need be') van geval tot geval niet uit, mits het daaruit voortgekomen is in lijn is met de kern van het delict en dit redelijkerwijs kon worden voorzien. Onbepaalde vrijheid heeft de rechter bij het naleven en toepassen van de regels van de wetgever niet. Het primaat ligt zodoende ook volgens de Europese mensenrechter bij het wetgevende orgaan dat in het continentale Nederlandse systeem de wetgever is. Voor zover de rechter onvermijdelijk in het concrete geval interpretatieruimte toekomt, moet het dan wel gaan om een interpretatie die de dader, op basis van een bestendige ontwikkeling, van mijlen ver had kunnen

---

<sup>72</sup> EHRM 12 februari 2008, zaak 21906/04 (Kafkaris tegen Cyprus).

<sup>73</sup> EHRM 22 november 1995, zaak 20190/92, (C.R. tegen Verenigd Koninkrijk).

zien aankomen.

Aan de standaarduiteenzetting ten aanzien van art. 7 EVRM conform de overwegingen in C.R. tegen Verenigd Koninkrijk zijn in verschillende latere zaken soms uitgebreidere formuleringen toegevoegd. In de reeds genoemde zaak van Kafkaris tegen Cyprus bijvoorbeeld, is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vrij uitgebreid geweest.<sup>74</sup> In een zaak tegen Litouwen een week later was het Europese Hof juist vrij kort van stof en werd volstaan met een tussen aanhalingstekens geplaatste weergave van de gangbare benadering van art. 7 EVRM.<sup>75</sup>

Voorzover de burger kan voorzien dat de overheid haar ius puniendi zal uitoefenen, is geen sprake van schending van het legaliteitsbeginsel. Of die kenbaarheid en voorzienbaarheid grotendeels werd verschaft door de rechter of door de wetgever is daarbij niet bijzonder relevant. Wat dat betreft is een eventuele verschuiving van de balans bij de vorming van het materiële strafrecht richting de rechter niet problematisch. Het is ook begrijpelijk dat het primaat van de wetgever bij de rechtsvorming minder wordt benadrukt. Het lijkt voor de rechter namelijk eenvoudiger het strafrecht bij de tijd te houden. Het Europees Hof voor de rechten van de Mens spreekt in dit verband van ‘adaption to changing circumstances’, ‘everyday practice’ en ‘the law must be able to keep pace with changing circumstances’.

*“141. The Court has acknowledged in its case-law that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice”.*<sup>76</sup>

De opmerking over het ‘keeping pace’ met ‘changing circumstances’ is ook in eerdere Europese uitspraken aan de orde geweest. Interessant is het daarbij te bezien wat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de Cantoni-zaak heeft opgemerkt over ‘legislative techniques’ en ‘general categorisations’. Onder ‘general categorisations’ zouden namelijk zorgplichtbepalingen kunnen worden gevat.

*“31. As the Court has already had occasion to note, it is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use*

<sup>74</sup> EHRM 12 februari 2008, zaak 21906/04 (Kafkaris tegen Cyprus), alinea’s 137-141.

<sup>75</sup> EHRM 19 februari 2008, zaken 74357/01, 26764/02 en 27434/02 (Kuolelis, Bartosevicius en Burokevicius tegen Litouwen), alinea 115.

<sup>76</sup> EHRM 12 februari 2008, zaak 21906/04 (Kafkaris tegen Cyprus).

general categorisations as opposed to exhaustive lists. [...]

32. [...] *When the legislative technique of categorisation is used, there will often be grey areas at the fringes of the definition. This penumbra of doubt in relation to borderline facts does not in itself make a provision incompatible with Article 7 (art. 7), provided that it proves to be sufficiently clear in the large majority of cases. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain, taking into account the changes in everyday practice. The Court must accordingly ascertain whether in the present case the text of the statutory rule read in the light of the accompanying interpretive case-law satisfied this test at the relevant time.*

Voor wat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen betreft, kan kort worden gezegd dat een eventuele verschuiving van het primaat van de wetgever naar de rechter bij de vormgeving van het strafrecht niet problematisch is. Belangrijker is het in de gaten te houden dat de toepassing van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen door de burger kan worden voorspeld. Op dat onderdeel blijft het tegengaan van vaagheid van strafbepalingen en dus het streven naar duidelijkheid van belang. Maar op zichzelf zouden de zorgplichtbepalingen in ieder geval niet in strijd met art. 7 EVRM hoeven te zijn. Twijfels blijven evenwel bestaan ten aanzien van de inhoudelijke toepassing van zorgplichtbepalingen en dan met name ten aanzien van de vraag wie bepaalt wanneer wel en wanneer niet is gezorgd: de wetgever of de strafrechter.

#### *Verhouding Europa – Nederland*

Waar de Europese mensenrechter gezien het voorgaande misschien niet bijzonder streng lijkt te zijn en volstaat met de aanduiding van de ogenschijnlijk flexibele criteria ‘accessibility’ en ‘foreseeability’, daar zou vanuit het Nederlandse strafrecht (art. 1 Sr) bezien een iets striktere houding kunnen worden aangenomen. In het Nederlandse strafrecht staat het legaliteitsbeginsel namelijk voor meer dan alleen toegankelijkheid en voorzienbaarheid. Onderdeel van het legaliteitsbeginsel is immers ook de wijze waarop het strafrecht tot stand komt en daarbinnen de verhouding tussen wetgever en rechter. Die rechtsvorming lijkt op Europees mensenrechtenniveau meer op de achtergrond te staan.

In Nederland spelen zowel de strafrechter als de strafwetgever een rol bij de vorming van het strafrecht. De positie die de strafrechter bekleedt, is in die verhouding ondergeschikt aan, en daardoor niet inwisselbaar met, de positie van de strafwetgever. Vanuit het gezichtspunt van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijken die posities wel onderling uitwisselbaar te zijn. De Europese mensenrechter gaat het er niet zozeer om wie de regels opstelt, zolang de regels op basis waarvan kan worden gestraft maar kenbaar en voorzienbaar zijn. Onder die omstandigheden is het de rechter net zo zeer toegestaan het recht te vormen als het de wetgever dat is.

Dat hoeft niet verstrekkender te zijn dan in het Nederlandse recht het geval is. De strafrechter heeft tot rechtsvorming volgens de Europese rechter namelijk in

wezen slechts de mogelijkheid voor zover het gaat om de bekrachtiging van een lijn die voor de geadresseerde burger geen verrassing mag zijn. In zoverre lijkt de rechter ook vanuit Europees mensenrechtelijk perspectief ondergeschikt te zijn. Ook elders blijkt het voor de Europese rechter niet zo te zijn dat de rol van de wetgever *geheel* inwisselbaar is met de rol van de rechter. Weliswaar verstaat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onder 'law' niet alleen geschreven maar ook ongeschreven recht ('unwritten law'), maar dat doet de Europese rechter niet op een wijze die vergaand afwijkt van de manier waarop daar in Nederland tegenaan wordt gekeken. Het is altijd eerst de wetgever die 'law' maakt. Vervolgens kan daar buiten de wetgever om 'unwritten law' aan worden toegevoegd. Het gedeelte 'unwritten law' is niet onbegrensd. Het is – net als in Nederland – beperkt tot gevallen van verhelderende interpretatie indien wetgeving onhelder is, actualisering van achterhaalde voorschriften en nadere invulling van door de wetgever zelf geformuleerde open normen.

De kwestie of art. 7 EVRM verdergaande eisen stelt dan art. 1 Sr eindigt onbeslist. De twee wijzen waarop het legaliteitsbeginsel wordt ingevuld, ontlopen elkaar niet al te veel. Wel lijkt in Nederland het rechtsvormende primaat nadrukkelijker bij de wetgever te liggen. Het EHRM lijkt dat om het even te zijn.

*Terminologie: 'handelen, nalaten en feit' zeggen niets over ingang strafbaarheid*

Het verdient tot slot nog opmerking dat in art. 7 EVRM wordt gesproken van 'handelen' en 'nalaten' terwijl art. 1 Sr is opgesteld rond het strafbare 'feit'. Het is van belang hier op te merken dat de woordkeus in dergelijke artikelen niet bepalend is voor de inhoud van het materieelrechtelijk daderschap. Zelfs als de bijzondere daderschapsvorm bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen los wordt gedacht van een gedraging en dus misschien zonder handelen of nalaten zou kunnen worden geconstrueerd, houdt dat niet in dat art. 7 EVRM daarop niet van toepassing zou zijn. Of anders gesteld: de letterlijke redactie van art. 7 EVRM is niet bepalend voor bijvoorbeeld de gelding van de voorwaarden voor strafbaarheid. Dat met andere woorden de bijzondere daderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen niet zou mogen worden aanvaard, enkel en alleen omdat het niet aansluit bij de woordkeuze van deze bepalingen waarin het gaat om 'handelen en nalaten', zou onzin zijn.

Met deze laatste logische opmerking is over het legaliteitsbeginsel en rechtsvorming naar voren gebracht wat in dit hoofdstuk noodzakelijk was. Hieronder volgt de tussenstand naar aanleiding van het in dit hoofdstuk besprokene en wordt een voorzet gegeven richting hoofdstuk 3.

## **2.4 Tussenstand: een toetsingskader voor de beoordeling en inbedding van het daderschap bij zorgplichtbepalingen**

In dit proefschrift zal in latere hoofdstukken de bijzondere daderschapsvorm bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden onderzocht. Dan zal blijken dat de gedraging als daderschapsvorm – zelfs in ruime zin van 'doen en laten' – moet worden losgelaten. De vraag is of de bijzondere dader-

schapsconstructie die dan ontstaat acceptabel is. Om uiteindelijk te kunnen inschatten of iets acceptabel is, moest een kader worden geschetst met minimale vereisten waaraan kan worden getoetst. Dat kader wordt gevonden in de theorie van de democratische rechtsstaat. Het materiële strafrecht kan immers slechts functioneren binnen de grenzen die de democratische rechtsstaat stelt.

In dit tweede hoofdstuk is uitgewerkt dat de wat zware term ‘democratisch rechtsstatelijk’ in het bestek van onderhavig onderzoek betrekking heeft op (b) de verhouding tussen wetgever en rechter bij de vorming van het strafrecht, maar ook – en eigenlijk vooral – betrekking op (a) de gedraging als minimumvoorwaarde voor uitoefening van het *ius puniendi* van de overheid. Delicten behoren vanuit democratisch rechtsstatelijk perspectief te worden opgebouwd rondom een gedraging (zijnde de ingang naar uitoefening van het *ius puniendi*) en dienen daarnaast duidelijk te zijn geformuleerd (in verband met het legaliteitsbeginsel en strafrechtelijke rechtsvorming). Deze twee pijlers zijn van belang voor de plaatsbepaling van het daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen.

Eén van de bevindingen in dit hoofdstuk is dat de gedraging als optimale ingang naar bestraffing geldt omdat (i) de gedraging waarneembaar is en (ii) de gedraging een unieke individuele binding heeft met de dader. Deze twee karakteristieken zijn bepalend bij de beantwoording van de vraag in hoeverre binnen de kaders van de democratische rechtstaat het bijzondere (corporatieve) daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin verantwoord in het hedendaagse materiële strafrecht kan worden ingepast.

## HOOFDSTUK 3

### BEWEGING BINNEN STRAFBAARHEID EN AANSPRAKELIJKHEID

#### 3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het beoordelingskader opgezet dat van belang is voor de weging van strafrechtelijk (corporatief) daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. In een democratische rechtsstaat moet de burger zich vrij kunnen ontplooiën. Ter bescherming van deze vrijheid komt de overheid het ius puniendi toe. Bij de uitoefening van dat strafrecht is de overheid gebonden aan bepaalde uitgangspunten. Eén van de uitgangspunten die het ius puniendi beperkt, is de gedraging. Twee karakteristieken van de gedraging bleken redengevend om haar als ingang naar bestraffing acceptabel te doen zijn. Het betreft de waarneembaarheid van de gedraging en de unieke individuele betrokkenheid van een dader bij de gedraging. Deze twee kenmerken vormen het toetsingskader aan de hand waarvan later de daderschapsconstructie bij zorgplichtbepalingen zal worden beoordeeld. Bij het ontvouwen van het kader is evenwel over de hedendaagse materieelrechtelijke positionering van de gedraging nog weinig gezegd. Het is van belang daarbij voorafgaand aan de inhoudelijke bespreking van zorgplichtbepalingen stil te staan. In dit materieelrechtelijke hoofdstuk zal tegelijkertijd aandacht worden besteed aan de terminologie van de begrippen aansprakelijkheid, strafbaarheid en daderschap. In de literatuur lijkt onder die termen namelijk niet door iedereen hetzelfde te worden verstaan. Het is van belang daarin enige duidelijkheid te scheppen.

Het traditionele ‘vierstappenplan’ waarin de gedraging als eerste voorwaarde op weg naar strafbaarheid wordt gezien, werd in hoofdstuk 2 weliswaar kort genoemd, maar nog niet nadrukkelijk uitgewerkt. De materieelrechtelijke uitwerking van dat stappenplan is aan de orde in paragraaf 3.2. Daarbij zal de nadruk liggen op de eerste stap van het model, te weten het vereiste van een gedraging. Het is relevant vanuit materieelrechtelijk perspectief bij de voorwaarden voor strafbaarheid stil te staan omdat uiteindelijk aan het eind van het onderzoek zal moeten worden bezien in hoeverre het bijzondere (corporatief) daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen kan worden ingepast in het vigerende materiële strafrecht. Paragraaf 3.2 zal met name gaan over de strafrechtelijke *inhoud* van daderschap en strafbaarheid. De *theoretische* (democratisch rechtsstatelijke) zijde daarvan is in het vorige hoofdstuk besproken.

In paragraaf 3.3 wordt vervolgens ingegaan op de beweging waarin meer uitgesproken aandacht bestaat voor het concept ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’. Het is de vraag in hoeverre dat concept materieelrechtelijk anders is dan het vierstappenmodel. Sommigen pleiten voor het zelfstandig benaderen van strafrechtelijke aansprakelijkheid als iets dat losstaat van de gedraging. De betreffende auteurs lijken het strafrecht te hebben willen verruimen door de gedraging los te

laten en vanuit het ongewenste gevolg verschillende verantwoordelijken erbij te zoeken. Over de betreffende 'toebedelingsbenadering' is in hoofdstuk 2 reeds een en ander opgemerkt. De vraag is of de door sommigen geuite wens om los te komen van de gedraging, van invloed kan zijn geweest op de wijze waarop tegenwoordig naar ouderschap – dat traditioneel samengaat met de gedraging – wordt gekeken. Een zekere beïnvloeding van het bijzondere ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen door de toebedelingsvisie lijkt niet onwaarschijnlijk. Mogelijk zou in het licht van een meer zelfstandig concept van 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' in ieder geval het verondersteld toegenomen gebruik van strafrechtelijke zorgplichtbepalingen kunnen worden verklaard. Maar of de toebedelingsbenadering in het geldende materiële strafrecht daadwerkelijk in de plaats is gekomen van het traditionele vierstappenplan kan sterk worden betwijfeld. Voordat daaraan wordt toegekomen, zal eerst het vierstappenplan tegen de achtergrond van het materiële strafrecht worden besproken.

### 3.2 Vier voorwaarden voor strafbaarheid in hedendaags materieel strafrecht

Wat onder strafbaarheid valt, is niet altijd vrij van twijfel. Er zijn veel uiteenlopende termen die met elkaar verband houden en door elkaar heen worden gebruikt. Begrippen als strafwaardig, strafbaar feit, strafbaarheid, strafbare daad et cetera kunnen zeer contextafhankelijk zijn. Daardoor hoeft lang niet altijd helder te zijn wat daaronder wordt verstaan. Van die verschillen zijn in oudere handboeken goede voorbeelden aanwijsbaar. Simons omschrijft bijvoorbeeld een strafbaar feit als een *"onrechtmatige met schuld in verband staande handeling van een toerekeningsvatbaar persoon"*.<sup>1</sup> Van Hamel voegt daar nog 'strafwaardigheid', op te vatten als de huidige 'wederrechtelijkheid' aan toe.<sup>2</sup> Vos gebruikt strafbaarheid als synoniem van strafwaardigheid.<sup>3</sup> Hij vindt daarbij dat schuld en wederrechtelijkheid, zijnde 'elementen' in zijn terminologie, geen onderdeel van het strafbare feit zijn. Vos prefereert de omschrijving: *"een strafbaar feit is een menselijke gedraging waarop door de wet [...] straf is gesteld, een gedraging dus, die in het algemeen [...] op straffe verboden is"*.<sup>4</sup>

De ene auteur zag begin twintigste eeuw de wederrechtelijkheid en schuld als onderdeel van het strafbare feit en de andere hield ze daar graag buiten. Tegenwoordig is dat anders. Hoewel de gebruikte termen soms nog verschillend zijn, is men het momenteel over de benadering van strafbaarheid in de kern wel eens. De meeste auteurs signaleren vier voorwaarden voor strafbaarheid.<sup>5</sup> Voor strafbaar-

---

<sup>1</sup> D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken*, Groningen: P. Noordhoff 1927, p. 111.

<sup>2</sup> G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht* (bijgewerkt door J.V. van Dijk), Haarlem: De erven F. Bohn / 's Gravenhage: Gebr. Belinfante 1927, p. 168.

<sup>3</sup> H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink 1950, p. 33.

<sup>4</sup> Idem, p. 25.

<sup>5</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kranio-tis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141,



heid is een (1) gedraging vereist die (2) valt binnen een strafbaarstelling, (3) wederrechtelijk en (4) verwijtbaar is. Deze 'vier voorwaarden voor strafbaarheid' kunnen ook worden aangeduid als 'vierstappenplan', 'vierstappenmodel' of de 'structuur van het strafbare feit'.

*Bijzonder strafrecht, bijzondere strafbaarheid?*

Aangezien de in dit onderzoek centraal staande wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen voor het overgrote deel buiten het Wetboek van Strafrecht in het bijzondere strafrecht worden gevonden, is het relevant de vraag te stellen in hoeverre het vierstappenplan ook buiten het commune strafrecht van toepassing is. Dat bijzonder strafrecht 'bijzonder' wordt genoemd, duidt slechts aan dat het betreffende strafrecht buiten het commune strafrecht wordt gevonden. De reguliere regels van het strafrecht zijn op het bijzondere strafrecht onverkort van toepassing; voor de algemene geschreven regels van Boek 1 van het Wetboek van Strafrecht staat dat in art. 91 Sr. "*Economisch strafrecht is eigenlijk niet meer zo bijzonder als men destijds dacht en zou ook eigenlijk niets bijzonders meer moeten zijn*".<sup>6</sup> Dat wil overigens tegelijkertijd niet zeggen dat het bijzondere strafrecht of ordeningsrecht voor wat betreft de materiële normstelling niet speciaal zou zijn.<sup>7</sup> Een kenmerk van het ordeningsrecht is bijvoorbeeld dat de normen niet gefundeerd zijn in een samenlevingsmoraal.<sup>8</sup> Soms komen afwijkingen voor, maar dat is geen reden de betreffende afwijking te verwerpen. Dat zou volgens Buruma een verarming zijn omdat die afwijkende wetgeving mettertijd zinvol kan blijken.<sup>9</sup>

Ofschoon de inhoud van de strafbepalingen in bijzondere wetten wegens het voornamelijk ordenende karakter afwijkend kan zijn ten opzichte van de bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, is de materieelrechtelijke benadering van strafbaarheid hetzelfde. Het traditionele vierstappenmodel voor strafbaarheid geldt in beginsel in het gehele materiële strafrecht. De voorwaarden voor strafbaarheid hoeven in het bijzondere strafrecht niet anders te worden benaderd dan in het commune strafrecht. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen daarop een uitzondering zouden vormen. De vier voorwaarden voor strafbaarheid zijn in het gehele strafrecht gelijk zodat ook bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen die in bijzondere wetten staan opgenomen, noodzakelijkerwijs een vorm van een gedraging moet worden aangewezen.

zie p. 125 en C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 50.

<sup>6</sup> M. Wladimiroff, *Niets bijzonders*, (oratie UU), Deventer: Kluwer 1989, p. 28.

<sup>7</sup> C. Waling, 'De vergunning en het economisch strafrecht', in: P. van Russen Groen, D. Schreuders en C. Waling (red.), *Iets bijzonders. Liber amicorum prof. jhr. mr. M. Wladimiroff*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 157-176, zie p. 158.

<sup>8</sup> M. Wladimiroff, 'Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie', in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 183-196, zie p. 186.

<sup>9</sup> Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 98. Als voorbeeld noemt hij kort de disculpatieregeling die hieronder in hoofdstuk 5 en 6 aan de orde zal zijn.

### *Plan van behandeling paragraaf 3.2*

In het onderstaande komen eerst de laatste drie stappen op weg naar strafbaarheid kort ter sprake (paragraaf 3.2.1). Aan de eerste voorwaarde, de gedraging, wordt in de daaropvolgende paragraaf 3.2.2 apart aandacht besteed. Die separate aandacht voor de gedraging hangt samen met de omvang van het onderwerp, het belang ervan voor onderhavig onderzoek en de connectie in dit onderzoek met een ander relevante materieel leerstuk – het functioneel ouderschap – dat weliswaar niet direct verband houdt met het vierstappenmodel maar in dit hoofdstuk over de materieelrechtelijke context en achtergrond wel al moet worden aange-stipt ten behoeve van de ouderschapsproblematiek bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Paragraaf 3.2.3 gaat over (functioneel) ouderschap.

### **3.2.1 Strafbaar gesteld (2), wederrechtelijk (3) en verwijtbaar (4)**

In deze paragraaf worden achtereenvolgens de laatste drie voorwaarden voor strafbaarheid besproken. Deze eisen – strafbaar gesteld, wederrechtelijk en verwijtbaar – zullen steeds kort in verband met zorgplichtbepalingen worden gebracht.

#### **3.2.1.1 Tweede voorwaarde: strafbaar gesteld**

De ingang naar strafbaarheid en bestraffing wordt zoals gezegd gevonden in de gedraging. Die gedraging moet geldig zijn *strafbaar gesteld*. De bestaansreden van deze tweede voorwaarde voor strafbaarheid kan worden gevonden in de theorie van de democratische rechtsstaat (hoofdstuk 2). Daarbij speelt een aantal factoren een rol. In het licht van de ultimatum remedium gedachte (meer specifiek de staatsmachtbeperking) en het legaliteitsbeginsel (meer specifiek het lex certa-gebod) mogen strafbepalingen niet te ruim zijn geformuleerd. Tegelijkertijd zou de formulering niet te beperkt mogen zijn omdat de burger moet kunnen worden beschermd. Belangrijker is dat strafbepalingen vooral niet te vaag mogen zijn.

#### *Bestanddelen van strafbepalingen en de positie daarbinnen van de gedraging*

Voordat ook maar kan worden gedacht aan bestraffing, zal eerst, voorafgaand aan de gebeurtenis, een geldige strafbepaling moeten zijn opgesteld. De door de wetgever vormgegeven strafbepaling is opgebouwd uit diverse bestanddelen. Voorbeelden van verschillende bestanddelen die variërend in strafbepalingen kunnen worden aangetroffen zijn kwalificaties (art. 300 Sr ‘mishandeling’), bijkomende voorwaarden (art. 101 Sr ‘indien de oorlog uitbreekt’), gevolgen (art. 287 Sr ‘dood’), objectiveringen (art. 180 ‘in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening’), kwaliteitsvereisten (art. 362 Sr ‘de ambtenaar die’) en nog specifiekere eigen omstandigheden van het delict (art. 239 Sr ‘in het openbaar’).

Een onderdeel dat in vrijwel iedere strafbepaling als bestanddeel terugkomt, is de omschrijving van “*een vorm van menselijk gedrag*”.<sup>10</sup> Dit ‘gedragingsbe-

---

<sup>10</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 51. In gelijke zin A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Neder-*

standdeel' is bepalend voor het daderschap. Voor strafbaarheid zal ook aan al de bestanddelen die losstaan van de gedraging moeten worden voldaan. Twee belangrijke bestanddelen zijn in dit verband de *dolus* en *culpa* bestanddelen. De Hoge Raad heeft vrij expliciet aangegeven dat met een eventueel geconstateerde gedraging, nog niets is gezegd over de andere voorwaarden voor strafbaarheid.<sup>11</sup> De gedraging zal daarom in beginsel los moeten worden gezien van de andere bestanddelen in een strafbepaling. Dat geldt ook voor het gedragsbestanddeel van de in dit onderzoek bestudeerde wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen te weten het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan).

Voor wat betreft het bestanddeel 'culpa' is het van belang op te merken dat bij de uitwerking ervan soms wordt gesproken over daarbij aan de orde zijnde 'zorgplichten'. Dat werkt niet bevorderlijk voor de begrijpelijkheid van de term 'zorgplicht'. Het gaat bij culpa om het onachtzaam, onvoorzichtig, of onnadenkend begaan van de delictsgedraging. Daarvan kan sprake zijn wanneer een persoon niet de nodige zorgvuldigheid heeft betracht. Het gaat dan – zo wordt het ook wel verwoord – om het niet hebben van de vereiste zorg.<sup>12</sup> Dit subjectieve bestanddeel mag niet worden verward met het gedragsbestanddeel 'zorgen' in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zoals dat in de volgende hoofdstukken wordt besproken. Het gevaar van verwarring is niet denkbeeldig. Dat gevaar ligt zeker op de loer wanneer niet slechts wordt gesproken van zorgen, maar men het heeft over "*de aan culpa ten grondslag liggende zorgplichtschending*".<sup>13</sup> De op deze wijze gebruikte term 'zorgplichtschending' zal, voor zover daarvan al gebruik zou moeten worden gemaakt, in de context van culpa een eigen betekenis moeten worden toebedeeld. Het lijkt evenwel omwille van de eenduidigheid van termen beter zich niet uit te drukken in termen van 'het moeten vermijden van een zorgplichtschending'<sup>14</sup>, maar te spreken van het moeten vermijden van strijd met geschreven of ongeschreven normen (eventueel op basis van een bepaalde *garantenstellung*).<sup>15</sup>

---

*landse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 20-21.

<sup>11</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis (r.o. 3.5). A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht. Noyon-Langemeijer-Remmeling*, Deventer: Kluwer (losbl.), 'Inleiding, gedraging aant. 2', meldt dat delictshandeling en bijvoorbeeld opzet van elkaar gescheiden worden in het Nederlandse strafrecht.

<sup>12</sup> B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154, zie p. 107-108.

<sup>13</sup> Rechtbank Amsterdam 14 juli 2009, LJN BJ2512, Hof Arnhem 20 juli 2009, LJN BJ3107, W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in: A. Hartevelt e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 527-546, zie p. 533. Ook Kelk bedient zich uitvoerig van de term, C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 206-207, 210. De Hullu lijkt de term zorgplicht in combinatie met culpa te vermijden J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 255.

<sup>14</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 210.

<sup>15</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 255-256.

### *Tweede voorwaarde en zorgplichtbepalingen*

Bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is het voornaamste bestanddeel voor voorliggend onderzoek het al genoemde gedragsbestanddeel 'zorgen'. Een knelpunt kan zijn dat de invulling en daarmee het bereik van het door de wetgever verlangde zorgen, niet altijd even vanzelfsprekend hoeft te zijn. Daardoor kan de rechter worden overvraagd en kan voor de burger niet voorzienbaar zijn waarop straf is gesteld. In dergelijke gevallen zou niet voldaan zijn aan de tweede voorwaarde voor strafbaarheid dat (duidelijk) is strafbaar gesteld.

#### **3.2.1.2 Derde voorwaarde: wederrechtelijkheid**

De derde voorwaarde voor strafbaarheid vereist dat de gedraging, die binnen het bereik van de strafbaarstelling valt, wederrechtelijk is. Teneinde eventueel te resulteren in strafbaarheid zal de gedraging met andere woorden onterecht, ongerechtvaardigd en vooral in strijd met het objectieve recht moeten zijn. In beginsel wordt verondersteld dat indien de feitelijke toedracht valt binnen een geldige strafbepaling, de wederrechtelijkheid daarvan gegeven is. Daarmee wordt immers voldaan aan wat de strafwetgever heeft willen aanmerken als een wederrechtelijke gedraging of situatie. Ware dat anders, in die zin dat de wetgever een zekere gedraging niet wederrechtelijk achtte, dan zou niet voor strafbaarstelling zijn gekozen. *"Het zou een veel te zware belasting vormen voor de bovendien aan niemand verantwoording schuldige rechter als hij telkens de materiële wederrechtelijkheid zou moeten vaststellen. Het gevaar zou zijn willekeur en chaos, kortom een stap terug in de richting van een periode, die wij met de intrede van het klassiek strafrecht dachten te hebben overwonnen"*.<sup>16</sup> De wetgever bepaalt welk gedrag wederrechtelijk is. Dat is, zoals Remmelink in voorgaand citaat benadrukt, niet aan de rechter.

De wederrechtelijkheid wordt overigens niet altijd verondersteld. In bepaalde gevallen was het noodzakelijk voor de wetgever om de wederrechtelijkheid specifiek als bestanddeel te benoemen in de strafbepaling in plaats van haar te veronderstellen. Standaardvoorbeelden daarvan zijn art. 310 Sr (diefstal) en art. 350 Sr (vernietiging). Het gaat in die gevallen veelal om alledaagse handelingen die juist worden verondersteld *niet* wederrechtelijk te zijn. Door de term 'wederrechtelijk' als bestanddeel in de delictsomschrijving van art. 310 Sr op te nemen, is slechts dat wegnemen van een goed dat een ander toebehoort strafbaar dat met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening geschiedt. De link met zorgplichtbepalingen wordt in de volgende alinea besproken.

### *Derde voorwaarde en zorgplichtbepalingen*

In wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is de wederrechtelijkheid niet als bestanddeel opgenomen. De zorggedraging wordt zodoende op zichzelf verondersteld in strijd met het objectieve recht te zijn zodra alle be-

---

<sup>16</sup> J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971, p. 84.

standdelen uit de strafbaarstelling zijn vervuld en behoudens aanwezige rechtvaardigingsgronden. Is die veronderstelling echter wel logisch en vanzelfsprekend in het licht van de positieve formulering van vrijwel alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen? De door de wetgever geformuleerde feitelijke toedracht is bij zorgplichtbepalingen namelijk het tegenovergestelde van wederrechtelijk. De kern is immers steeds: 'persoon x zorgt voor zus en zo'. In zorgplichtbepalingen staat juist opgenomen wat *niet* wederrechtelijk is. In de meeste gevallen is ten opzichte van zorgplichtbepalingen in een ander wetsartikel neergelegd dat op het schenden van de zorgplichtbepaling een sanctie staat. In vrijwel alle zorgplichtbepalingen staat slechts een door de wetgever gewenste gebeurtenis positief omschreven. Het is daardoor aan de rechter te bepalen of de concrete feitelijke toedracht in casu in strijd is met de zorgplichtbepaling. De rechter stelt dan, met andere woorden, de materiële wederrechtelijkheid (van de zorggedraging) vast. Het gevaar van een rechter die in plaats van de wetgever de materiële wederrechtelijkheid bepaalt, is volgens R Emmelink 'willekeur en chaos' aangezien daarmee, zoals hij in het hierboven weergegeven citaat stelt, een stap wordt teruggezet richting een periode waarvan gedacht werd afstand te zijn genomen met het klassieke strafrecht.

Hoe problematisch is dit nu werkelijk? Enerzijds is het niet bijzonder problematisch want de wetgever kiest er gezien de formulering bij zorgplichtbepalingen zelf voor dat de rechter de wederrechtelijkheid bepaalt; het is niet zo dat de rechterlijke macht dit aspect uit machtsbelustheid naar zich heeft toegetrokken. Daarbij komt dat de voornaamste rol van het wederrechtelijkheidsvereiste wordt gevonden in het kader van strafuitsluiting en dat de rechtvaardigingsgronden die de wederrechtelijkheid wegnemen ook bij zorgplichtbepalingen onverminderd lijken te kunnen worden toegepast. Dat een persoon in verband met overmacht in de zin van een noodtoestand (art. 40 Sr) niet heeft gezorgd zoals de wetgever voorschreef te zorgen, maakt dat het niet zorgen achteraf niet wederrechtelijk was zodat zal worden ontslagen van alle rechtsvervolging. De wederrechtelijkheid is immers geen bestanddeel maar element. Dat is niet anders dan in gevallen zonder zorgplichtbepaling. Voor de andere rechtvaardigingsgronden bestaat evenzeer dezelfde ruimte als bij andere delicten (zonder het bestanddeel wederrechtelijk) bestaat. Indachtig bovendien het gegeven dat de zorgplichtbepalingen niet in de zwaarst denkbare delictscategorie vallen, lijkt het met een eventuele 'willekeur en chaos' al met al niet zo'n vaart te zullen lopen. Anderzijds kan daar tegenin worden gebracht dat met de huidige ontwikkeling van het boetestelsel in het financiële strafrecht voor relatief lichte vergrijpen – althans, licht in vergelijking met moord, doodslag, verkrachting en mishandeling – aanzienlijk zwaardere sancties kunnen worden toegepast dan een aantal jaren geleden het geval was.<sup>17</sup> Bovendien is niet onbelangrijk hetgeen in hoofdstuk 5 zal worden onderzocht, namelijk dat de wetgever de laatste decennia bij het opstellen van zorgplichtbe-

---

<sup>17</sup> D.R. Doorenbos, 'Nieuw boetestelsel financiële wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2009-13, p. 538-545.

palingen in het geheel niet bezig lijkt te zijn met de materieelstrafrechtelijke context. Veel zorgplichtbepalingen komen namelijk uit andere rechtsgebieden of worden opgedrongen vanuit Europa. Wat betekent het dan wanneer door de wetgever vrij laconiek en obligaats de betreffende zorgplichtbepalingen ook nog maar even het strafrecht worden binnengehaald zonder dat bij de consequenties daarvan wordt stilgestaan? Die vraag is niet eenvoudig te beantwoorden en werpt bedenkingen op ten aanzien van wie nu werkelijk de (materiële) wederrechtelijkheid bepaalt. Op de gevolgen van het plichtmatig strafbaar stellen van zorgplichtbepalingen uit andere rechtsgebieden en de bijbehorende materieelstrafrechtelijke context, toegespitst op het strafrechtelijk ouderschap, wordt in de navolgende hoofdstukken ingegaan. In onderhavig hoofdstuk komt nu de laatste stap uit het vierstappenmodel aan de orde: de gedraging moet verwijtbaar zijn.

### **3.2.1.3 Vierde voorwaarde: verwijtbaarheid**

De laatste stap in het 'vierstappenplan' op weg naar strafbaarheid is de 'verwijtbaarheid'. Naast dat de gedraging valt binnen een strafbepaling en wederrechtelijk is, moet de persoon die de gedraging begaat, dat 'begaan' kunnen worden verweten. Daaraan ligt het adagium 'geen straf zonder schuld' ten grondslag. De overheid kan haar strafmacht (*ius puniendi*) niet uitoefenen zonder dat de te bestraffen burger een verwijt kan worden gemaakt. Schuld in de betekenis van het veronderstelde element, wordt aangeduid als verwijtbaarheid. Dit is een andere betekenis dan die aan het subjectieve bestanddeel culpa in een strafbepaling wordt gegeven.<sup>18</sup> Bij een persoon kan schuld in de zin van het subjectieve bestanddeel culpa (onvoorzichtigheid) aanwezig worden geacht doordat diegene onachtzaam de delictsgedraging heeft begaan (bewust van het gevolg, daaraan ook gedacht en een goede afloop veronderstellend), maar indien die persoon daarvan geen verwijt kan worden gemaakt, dus indien met andere woorden diegene niet verweten kan worden dat hij anders had kunnen en moeten gedragen (omdat de dader verkeerd was voorgelicht door zijn meerdere of een onbevoegde ambtenaar), kan niet tot strafbaarheid worden gekomen. Bij verwijtbaarheid moet de persoon die de wederrechtelijke en binnen een strafbaarstelling vallende delictsgedraging beging, om strafbaar te kunnen zijn, verweten kunnen worden dat hij niet anders heeft gedragen terwijl daartoe wel de reële mogelijkheid bestond. Die mogelijkheid om anders te gedragen moet hebben bestaan in het specifieke persoonlijke geval van de betrokkene. Het gaat om zijn subjectieve situatie waarin hij de verkeerde – maar verontschuldigbare – keuze heeft gemaakt. De dader dacht bijvoorbeeld te goeder trouw te maken te hebben met een bevoegde ambtenaar (art. 43 lid 2 Sr). Gekeken wordt daarbij naar wat de dader behoorde te weten en wat in de gegeven omstandigheden van *hem* kon worden verwacht. De vraag naar de verwijtbaarheid is daarmee het sluitstuk van het vierstappenplan.

---

<sup>18</sup> P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 612.

*Afwezigheid van alle schuld*

De verwijtbaarheid kan ook wegvallen doordat zich een buitenwettelijke schuld-uitsluitingsgrond voordoet. Van de buitenwettelijke exceptie 'afwezigheid van alle schuld' bestaan verschillende vormen die tot op zekere hoogte in elkaar vloeien. Eén van die vormen is relevant voor onderhavig onderzoek. Het betreft het in acht nemen van de maximaal te vergen zorg. Naast deze variant kunnen de (ii) feitelijke dwaling, (iii) onmacht en (iv) rechtsdwaling worden geplaatst. De laatste (dwaling ten aanzien van het recht) kan weer worden onderverdeeld in onbekendheid met regelgeving, vergissing betreffende de toepasselijkheid van regelgeving en ingewonnen onjuist professioneel advies.

In een geval waarin een persoon al het mogelijke heeft gedaan te voorkomen wat desondanks toch gebeurde, kan de dader geen strafrechtelijk verwijt worden gemaakt. Het is een variant binnen het 'afwezigheid van alle schuld'-cluster.<sup>19</sup> In het Aflatoxine pinda-arrest had de dader "*de maximaal van haar te vergen zorg [...] betracht ter voorkoming van een hoger dan wettelijk toelaatbaar gehalte aan aflatoxine B1 in de door haar verhandelde pinda's*" zodat de betreffende rechtspersoon daarvan in casu redelijkerwijs geen verwijt kon worden gemaakt.<sup>20</sup> Vooral in de economische sfeer lijkt deze variant volgens De Hullu van belang te kunnen zijn.<sup>21</sup> Dergelijke verweren zullen niet snel worden gehonoreerd: de toets is streng.<sup>22</sup> Indien de rechter eenvoudig kan benoemen wat had dienen te, en daadwerkelijk had kunnen, gebeuren, zal een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens het betrachten van de maximaal te vergen zorg moeten worden verworpen. Dit laatste volgt uit een arrest waarin was aangevoerd dat verdachte alles had gedaan het ongeval te voorkomen. In casu kon de rechter eenvoudig aanvoeren wat verdachte nog had kunnen doen. Door de verdediging was aangevoerd dat de verdachte rij-examinator niet meer had kunnen doen dan wat hij had gedaan en dat verdachte daarom geen verwijt kon worden gemaakt. De rechtbank meende echter dat de rij-examinator rekening had moeten houden met het feit dat de examenkandidaat al vier keer eerder was gezakt en had zijn voet bij het rempedaal moeten houden. Het afwezigheid van alle schuld verweer slaagde daarom niet. De Hoge Raad achtte dat niet onbegrijpelijk.<sup>23</sup>

*Vierde voorwaarde en zorgplichtbepalingen*

De vraag is of het zo zou kunnen zijn dat de 'zorg' uit het 'afwezigheid van alle schuld'-verweer dat de maximaal te vergen zorg is betracht, overeenkomt met de 'zorg' in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Een verschil is in ieder geval dat in het ene geval de zorg als gedragsbestanddeel in de bepaling staat

<sup>19</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 361.

<sup>20</sup> Hoge Raad 2 februari 1993, NJ 1993, 476. In casu was vervolgd voor een ander delict dan een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin.

<sup>21</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 362.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Hoge Raad 18 maart 1986, NJ 1986, 734, r.o. 6.3.

opgenomen en dat in het andere geval – dus in geval van de opgeworpen exceptie – de zorg een nadere inkleuring betreft van het gevoerde verweer. Dat verweer kan bij alle delicten (ook bij zorgplichtbepalingen) worden gevoerd. In dergelijke gevallen zal door de rechter moeten worden beoordeeld in hoeverre is gezorgd. Het is dan niet van belang of in de delictsomschrijving in het geheel geen zorggedraging is neergelegd. In gevallen dat in het kader van delicten zonder ‘zorg’-bestanddeel geen verweer wordt gevoerd, hoeft geen oordeel te worden gegeven over in hoeverre wel of niet is gezorgd. Bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is het de vraag of ook zonder daartoe gevoerd verweer, moet worden beoordeeld in welke mate is gezorgd (paragraaf 6.3.1). Daarop voortbouwend komt de vraag op of een oordeel daarover reeds als onderdeel van de eerste stap gelijktijdig met de vraag naar de inhoud van de zorggedraging wordt verlangd. Gedraging en verwijtbaarheid zouden dan voor een klein gedeelte ineen schuiven, want schuilt in het oordeel dat niet is gezorgd immers niet tevens een deel van het verwijt dat de dader anders had kunnen en moeten gedragen?<sup>24</sup> Los van de vraag in welke mate dat al het geval is, moet worden gewezen op een soort compensatiegedachte. Het kan namelijk wel zo zijn dat gedraging en verwijtbaarheid ten dele ineen schuiven, dat houdt tegelijkertijd in dat de verwijtbaarheid bij de procesrechtelijke bewijsvraag zal moeten worden onderzocht. De verwijtbaarheid zou dan niet slechts element zonder bewijsnoodzaak zijn maar tot op zekere hoogte deel uitmaken van de allereerste stap: de (te bewijzen) gedraging. Daarmee zou de dader weleens beter af kunnen zijn omdat de rechter dan in het strafproces meer te bewijzen heeft. Een kanttekening daarbij is dat slechts een deel van de verwijtbaarheid in de vraag naar de zorggedraging terugkomt, namelijk het deel waarin de vraag centraal staat of de dader alle zorg heeft betracht die hij moest betrachten. Alle overige aspecten van verwijtbaarheid blijven onderdeel van de vierde en laatste stap van het vierstappenmodel. Zo zullen onderdelen van de ‘afwezigheid van alle schuld’-exceptie voor zover die niet te maken hebben met het betrachten van alle zorg maar bijvoorbeeld met dwaling ten aanzien van de feiten en ook bijvoorbeeld psychische overmacht (art. 40 Sr) pas aan de orde zijn bij het verwijtbaarheidsoordeel. De kwestie van het constateren van de gedraging staat immers los van de stappen waarin de andere delictsbestanddelen en de elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid worden nagelopen.<sup>25</sup>

Aldus zou ten dele weliswaar de verwijtbaarheid met de gedraging ineen kunnen schuiven, maar dat gebeurt slechts tot op zekere hoogte en de verwijtbaarheid verwordt in zoverre – en niet onvoordelig voor de dader – tot bewijsvraag.

---

<sup>24</sup> Zie over die vraag in een ruimer verband, E. Gritter, ‘De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83.

<sup>25</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis. In die zin ook bijvoorbeeld M.J.H.J. de Vries-Leemans, ‘Enkele aspecten van daderschap’, in: A.C. ‘t Hart, W. Nieboer, G.A.M. Strijards en M.J.H.J. de Vries-Leemans (red.), *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 315-331, zie p. 320.



Het samengaan van verwijtbaarheid en gedraging bij zorgplichtbepalingen zou dan geen afbreuk doen aan de andere verwijtbaarheidsaspecten die alsnog bij de vierde voorwaarde voor strafbaarheid zullen moeten worden beoordeeld. Tegelijkertijd ontstaat bij het deel van de verwijtbaarheid dat wel samengaat met het beoordelen van de gedraging een bewijsnoodzaak. In hoeverre reeds bij de procesrechtelijke bewijsvraag aan de orde zal zijn in welke mate de dader niet heeft gezorgd en in zoverre wederrechtelijk heeft gehandeld, wordt besproken in de hoofdstukken 5 en 6.

#### *Verder plan van behandeling*

In dit hoofdstuk staat het materiële strafrecht centraal waarbinnen het daderschap bij zorgplichtbepalingen moet worden geplaatst. In onderhavige paragraaf 3.2.1 zijn de laatste drie stappen (strafbaar gesteld, wederrechtelijk en verwijtbaar) uit het traditionele vierstappenplan besproken. In het onderstaande wordt in paragraaf 3.2.2 ingegaan op de eerste stap: de gedraging. Deze eerste stap op weg naar strafbaarheid wordt separaat behandeld omdat dit onderzoek is gericht op *daderschap* bij zorgplichtbepalingen. Bij zorgplichtbepalingen lijkt zich namelijk een bijzondere daderschapsvorm voor te doen die afwijkt van het reguliere daderschap. Dat hangt vooral samen met het gedragingsbestanddeel ‘zorgen’ in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Het is van belang om voorafgaand aan de inhoudelijke bespreking in latere hoofdstukken van daderschap bij zorgplichtbepalingen, eerst beide onderwerpen (gedraging en daderschap) in een materieelrechtelijke context nog even los van zorgplichtbepalingen te plaatsen. De nadruk ligt op de materieelrechtelijke context en op de terminologie van te gebruiken leerstukken.

### **3.2.2 Gedraging (1)**

Een relevante vraag bij de positionering van de gedraging is van terminologische aard en ziet op de wijze waarop de gedraging wordt aangeduid in het strafrecht: begaat de dader nu een handeling, verricht hij een gedraging of is sprake van een gewilde spierbeweging? In de meest simpele vorm is de gedraging volgens Remmelink *“een lichaamsbeweging die in de omgeving bepaalde veranderingen teweeg brengt en die door ons bewustzijn op gang is gebracht”*.<sup>26</sup> Hoewel ook het wetboek daarbij in beginsel aanknoopt – zoals blijkt uit de termen mishandelen, beledigen et cetera – geeft Remmelink tegelijkertijd wel toe dat met name in economische context *“vaak tot een ruimere ‘actie-radius’ besloten moet worden”*.<sup>27</sup> Ook andere feitelijke toedrachten dan een ‘lichaamsbeweging’ kunnen als gedraging worden gezien. Het fysieke handelingsbegrip is volgens Van Woensel dan ook geen op zichzelf staand uitgangspunt van de wetgever geweest. Het zou in de opvattingen

<sup>26</sup> J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971, p. 84.

<sup>27</sup> Idem.

van de wetgever hooguit als dominant kunnen worden beschouwd.<sup>28</sup> Van Woensel stelt: *“Het was voor de wetgever niet zozeer de vraag of iemand door gebruik te maken van zijn spierkracht bewegingen had gemaakt maar veeleer of die bewegingen als delictshandeling waren aan te merken”*.<sup>29</sup> Die delictshandelingen hoefden in de ogen van de wetgever niet uitsluitend actieve handelingen te zijn. Onder de delictshandeling kon van alles vallen. Modderman ging er bijvoorbeeld van uit dat alle opzetdelicten zouden kunnen worden begaan door handelen en door niet handelen.<sup>30</sup> Knigge geeft wegens dat handelen en niet handelen, de voorkeur aan de term ‘gedrag’ boven ‘gedraging’. De term gedraging roept volgens hem namelijk *“te veel associaties op met de klassieke voorstelling van een eenmalige spierbeweging”*.<sup>31</sup> Nieboer prefereert daarentegen juist de term ‘gedraging’ boven ‘gedrag’.<sup>32</sup> Met de gedraging kan een norm worden overtreden terwijl het gedrag bij Nieboer meer binnenin de persoon lijkt te zitten. Hij geeft aan dat in elke gedraging een gedragsaspect zit maar niet omgekeerd.<sup>33</sup> De wetgever heeft zich op dat onderdeel niet uitgesproken. De wetgever spreekt voornamelijk van ‘strafbare feiten’ of ‘feiten’<sup>34</sup> die zijn ‘strafbaar gesteld’<sup>35</sup> en die kunnen worden ‘begaan’.<sup>36</sup> Soms hebben de wetgever<sup>37</sup> en de Hoge Raad<sup>38</sup> het wel over de gedraging. De term ‘gedrag’ lijkt in regelgeving en rechtspraak te zijn voorbehouden aan sancti- onering en gedragskundig onderzoek en komt als zodanig verder nergens, althans niet in het materiële strafrecht, tot uitdrukking.

Sporadisch drukt de wetgever zich uit met de term ‘handelingen’. Dat is bijvoorbeeld het geval in de samenloopregeling (art. 55 Sr e.v.). Dit betekent evenwel niet dat de samenloopbepalingen niet van toepassing zouden zijn op delicten

<sup>28</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 21.

<sup>29</sup> Idem, p. 20.

<sup>30</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 87.

<sup>31</sup> G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap’, *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 133.

<sup>32</sup> W. Nieboer, ‘Strafrechtelijke zorgplichten’, in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 255-270, zie p. 259.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> Bijvoorbeeld in art. 1 Sr heeft het duidelijk over het niet strafbaar zijn van feiten zonder voorafgegane wettelijke strafbepaling.

<sup>35</sup> Bijvoorbeeld in art. 75 lid 3 Wet bescherming persoonsgegevens waarin wordt aangegeven dat de in het eerste lid ‘strafbaar gestelde feiten’ overtredingen zijn.

<sup>36</sup> Zie art. 51 Sr.

<sup>37</sup> Zie art. 51 lid 2 Sr en 390 Sr. In de vierde tranche van de Awb wordt in het kader van een algemene una via bepaling gesproken over de situatie dat ‘de gedraging tevens een strafbaar feit is,’ zie daarover A.R. Hartmann, ‘Una via/Ne bis in idem’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Jurisprudentie strafrecht select 2006*, p. 439-455, zie p. 444 e.v. In de definitieve versie van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht wordt uitgegaan van een ‘gedraging’ als basis voor bestuursrechtelijke overtredingen (art. 5:1 lid 1 Awb). Enige vorm van een gedraging lijkt de basis voor overheidsinterventie te blijven.

<sup>38</sup> De ‘(verboden) gedraging’ wordt genoemd in bijvoorbeeld Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis (Zijpe-arrest).

die door niet handelen worden begaan. Een vergelijkbare opmerking moet worden gemaakt ten aanzien van bijzondere wetten waarin de materiële norm niet in dezelfde maar juist in een andere bepaling is strafbaar gesteld. Het komt incidenteel voor dat in bijzondere wetten een formulering wordt aangetroffen als ‘handelen in strijd met de artikelen x, y en z, wordt gestraft met’ et cetera. Dergelijke formuleringen mogen, gelijk het geval is bij de samenloopregeling, niet zo letterlijk worden gelezen dat alleen een handelen een gedraging zou kunnen opleveren waarvoor kan worden gestraft. Ook bijvoorbeeld een ‘niet handelen’ valt daaronder. Het is daarom beter dergelijke bijzondere bepalingen zo te verstaan dat de tekst luidt ‘overtreding van artikel x, y en z’ of ‘schending van artikel x, y en x’ et cetera. Op die wijze kunnen verschillende vormen van de gedraging binnen het bereik van het strafrecht worden gebracht zonder dat daarmee andere feitelijke toedrachten buiten spel worden gezet. Deze constructie vormt ook de basis van de Wet op de economische delicten waarin het leeuwendeel van de hier besproken ordeningsrechtelijke zorgplichtbepalingen staat opgenomen. De eerste paar artikelen duiden achtereenvolgens aan wat economische delicten zijn (art. 1 en 1a WED: ‘economische delicten zijn overtredingen van voorschriften x, y en z’), of het een misdrijf of overtreding is (art. 2 WED: ‘opzettelijk begaan is misdrijf, anders overtreding’) en welke straf op het delict staat gesteld (art. 6 WED: ‘hij die een economisch delict begaat, wordt gestraft et cetera’). In die constructie staat nergens dat een persoon een gedraging begaat en daarvoor wordt bestraft. Indirect valt het er echter wel uit af te leiden. Dat materiële norm en strafbaarstelling in de Wet op de economische delicten op deze wijze verdeeld zijn, wordt echter niet als problematisch gezien voor het materieel strafrechtelijk bepalen van de gedraging en het daderschap.<sup>39</sup> Eventuele kanttekeningen worden geplaatst bij de kenbaarheid van de norm voor de geadresseerde<sup>40</sup> en het risico dat de bijzondere regelgever betrekkelijk onnadenkend bij het afronden van een wetsvoorstel – gechargeerd gesteld – ‘nog even een paar bepalingen onder het bereik van de Wet op de economische delicten brengt’.

Daarmee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag die aan het begin van deze paragraaf werd opgeworpen. De vraag was of in het materiële strafrecht met de gedraging misschien een ‘handeling’ wordt bedoeld. Het antwoord daarop is dat onder een gedraging niet louter een handeling of gewilde spierbeweging wordt begrepen. De gedraging omvat ook andere feitelijke toedrachten. Met de gedraging wordt in het materiële strafrecht de delictsgedraging bedoeld. Die de-

<sup>39</sup> F. Hollander, *Wet op de economische delicten. Commentaar op de wet van 22 juni 1950 Staatsblad K 258*, Arnhem: Gouda Quint 1952, p. 6, D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht. Een studie inzake strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften uit de bank- en effectenwetgeving*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992, p. 9-11, B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 23-30 en A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 19-25.

<sup>40</sup> A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 23-24.

lictsgedraging is uit de strafbepaling af te leiden door te kijken naar het gedragsbestanddeel. Veelal is het gedragsbestanddeel een werkwoord. Voorbeelden daarvan zijn 'wegnemen', 'van het leven beroven', 'fietsen' en 'openbaar maken'. Voor wat betreft de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen gaat het om het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel.

De gedraging komt tot uitdrukking in het gedragsbestanddeel en staat daarmee los van andere bestanddelen. Naast die constatering is het van belang op te merken dat onder de gedraging (ook in 1886 al) meer feitelijke toedrachten moeten worden begrepen dan alleen een spierfysieke handeling. De gedraging zou daardoor weleens een stuk ruimer kunnen zijn dan soms wordt gedacht. Het gaat bij de gedraging van oudsher om 'een doen en een laten,' 'een feitelijke toedracht' of 'een uiterlijk bedrijf'. Met deze constatering is over de *inhoud* van de gedraging nog niet veel gezegd. Inhoudelijk kent de gedraging een objectieve zijde en een subjectieve zijde. Daarover gaan de volgende alinea's.

#### *Inhoud van de gedraging: objectieve zijde*

De gedraging kent twee zijden. De objectieve zijde is de waarneembare kant: het feitelijke gebeuren dat onder de delictsgedraging in de strafbepaling kan worden gerubriceerd. De objectieve zijde van de gedraging kan worden gekoppeld aan de democratisch rechtsstatelijke gedachte dat de gedraging waarneembaar moet zijn en als zodanig herkenbaar is voor de objectieve buitenstaander en aanwijsbaar is door de rechter (hoofdstuk 2). De subjectieve zijde houdt verband met het 'vrije wilsbesluit' dat aan een gedraging, zoals Van Woensel heeft benadrukt,<sup>41</sup> ten grondslag ligt (zie paragraaf 2.2.1). Deze subparagraaf gaat over de objectieve zijde van de gedraging.

Wat juridisch in het concrete geval als strafrechtelijk relevante gedraging moet worden opgevat, hangt af van de betreffende strafbepaling. Het hoeft niet per sé te gaan om een feitelijk gewilde spierbeweging uit de fysieke handelingsleer. Oorspronkelijk leek daarop wel de nadruk te liggen in verband met de causaliteit en de natuurkundige visie daarop.<sup>42</sup> Maar van oudsher staan daarnaast al andere vormen van een gedraging.<sup>43</sup> Met minder, bijvoorbeeld niets doen, kan worden volstaan. Onder omstandigheden kan het strafrecht immers ook worden toegepast wanneer zich geen enkele actieve gedraging heeft voorgedaan.<sup>44</sup> Het vervullen van de delictsgedraging door nalaten lijkt de laatste decennia misschien in opkomst maar is geenszins nieuw.<sup>45</sup> Moorman en Van Hasselt verstonden in

---

<sup>41</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 11.

<sup>42</sup> H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 548.

<sup>43</sup> Th.W. van Veen, 'De dader werd onhandelbaar. Wat is een strafbaar feit?' *RM Themis* 1992-8, p. 356-364.

<sup>44</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 51.

<sup>45</sup> Zie in de negentiende eeuw bijvoorbeeld over 'nalaten' A.J. van Deinse, *De algemeene beginse-*

1764, zoals zij zelf aangaven overigens in afwijking van de meeste rechtsgeleerden uit hun tijd, onder misdaad niet alleen al het bedrijf, maar ook al het verzuim dat volgens de wet strafwaardig is. Men kan zich volgens hen namelijk zowel door 'nalaetigheid' als door 'daetlykheit' aan misdaad schuldig maken. Als voorbeeld wordt genoemd "*elk een, die vervalsching van de munt konnende beletten sulks niet gedaan heeft, is schuldig aan valsheit, en onderworpen aan de straf, die by de wet tegen sulk eene misdaet gesteld is*".<sup>46</sup> Dat delicten eeuwen geleden en tegenwoordig kunnen worden begaan door nalaten, is geen afwijking van een vermeende hoofdregel dat delicten alleen begaan zouden kunnen worden door een spierfysieke handeling. Dat delicten kunnen worden begaan door passief te blijven is evenzeer het uitgangspunt als het begaan van delicten door actief te zijn dat is. Doen en laten als alternatieve of gecombineerde invullingen van de gedraging zijn dan ook gelijkwaardig. De gedraging is daarom in de woorden van Knigge een 'complex van doen en laten'.<sup>47</sup> Beide invullingen kunnen juridisch even goed worden waargenomen.

Voor een strafrechtelijk relevante gedraging zijn gedachten niet voldoende. Dat gedachten op zichzelf niet strafbaar zouden mogen zijn, is ook al een eeuwen aangehangen opvatting in het strafrecht.<sup>48</sup> In het gedetailleerde Ontwerp Lijfstraffelijk Wetboek van 1801 werd als derde artikel van het Tweede Hoofdstuk voorgesteld: "*Enkele gedagten vallen niet onder het bereik der wetten, maar tot het bestaan van misdaad worden ook uiterlijke bedrijven vereischt*".<sup>49</sup> De vrijheid van gedachte en geweten is tegenwoordig een in art. 9 EVRM geregeld mensenrecht. Om enkele gedachten gaat het bij de gedraging dus niet. Dat gedachten zelfstandig geen delictschending kunnen opleveren, wil op hetzelfde moment niet zeggen dat het *innerlijk* van de (rechts)persoon die een delict begaat niet relevant is. De subjectieve zijde van de gedraging is met name in verband met de in hoofdstuk 2 besproken democratisch rechtsstatelijke begrenzing van het *ius puniendi* van de overheid van belang.

---

*len van strafregt ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche Strafwetgeving*, Middelburg: J.C. & W. Altorffer 1860, p. 96, 98, 102-103, G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 308, 553, W. van Rossem, *Hulpverzuim*, (diss. Leiden), Leiden: E.J. Brill 1878, D.C.J.H. Kropveld, *Bijdrage tot de leer van het strafbare laten*, (diss. Amsterdam OvA), Amsterdam: Blikman & Sartorius 1889 en H.W. Blaupot ten Cate, *Eenige opmerkingen over de delicta commissionis per omissionem*, (diss. Groningen), Groningen: Scholtens & zoon 1894.

<sup>46</sup> J. Moorman en J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764, p. 2.

<sup>47</sup> G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap', *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 132 en 136, J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 160.

<sup>48</sup> J. Moorman en J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764, p. 6.

<sup>49</sup> O. Moorman van Kappen (red.), *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek van 1801 en 1804. Deel I Het Ontwerp-Lijfstraffelijk wetboek 1801*, Zutphen: De Walburg Pers 1982, p. 139.

*Subjectieve zijde van de gedraging*

De subjectieve zijde van de gedraging houdt in dat de gedraging 'bewust' moet plaatsvinden. De (rechts)persoon die de gedraging begaat, moet weten waarmee hij bezig is. Van oudsher is daarom verlangd dat de gedraging *gewild* was. De wetgever had het vooral over "*de vrijheid van handelen, de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt*".<sup>50</sup> Bij deze keuzevrijheid richt het strafrecht zich "*tot den normaal ontwikkelden mensch, tot hem die met bewustheid handelt, die vrij is om anders te handelen, die in staat is ten aanzien van het strafbaar gestelde feit zijnen wil te bepalen*".<sup>51</sup> De vrijheid van handelen (lees: gedragen) was van belang omdat zonder die vrijheid het feit niet aan de dader kon worden verbonden en bij ontbreken van dat laatste van "*geene strafrechtelijke verantwoordelijkheid*" sprake kon zijn.<sup>52</sup> De gedraging was een 'gewild' (in de zin van vrijwillig) gebeuren. Aan de gedraging ligt meestal, zoals in hoofdstuk 2 duidelijk werd, een vrij wilsbesluit ten grondslag. Die vrije wilsbepaling maakt eventuele strafrechtstoepassing ten aanzien van burgers in een democratische rechtsstaat acceptabel.

Van strafrechtstoepassing zijn daardoor de gevallen uitgesloten waarin een (rechts)persoon niet de controle over zijn gedragingen heeft en dus geen sprake kan zijn van een vrij wilsbesluit. Bedoeld is onder meer kramp- en reflexbewegingen uit te sluiten die in beginsel niet tot het strafrechtelijke domein behoren.<sup>53</sup> "*Het psychische moet dienen als correctie voor de oeverloosheid van de fysische benadering. [...] Bij de fysische gedragingsleer vindt die correctie plaats in de definitie van de gedraging zelf als gewilde spierbeweging, teneinde (ongewilde) reflexen e.d. uit te sluiten*".<sup>54</sup>

*Vrij wilsbesluit en nalaten*

Kort gezegd, gaat het bij het vrije wilsbesluit niet om gevallen waarin de dader geen controle heeft over het eigen lichaam, bijvoorbeeld in geval van kramp, vastgeketend zijn en omver worden geduwd. Dit wordt in de literatuur veelal in de context van 'absolute overmacht' geplaatst. In dergelijke gevallen ligt aan het doen of laten geen vrij wilsbesluit ten grondslag. Hazewinkel-Suringa en, haar later in zijn bewerking volgende, Rummelink hebben gemeend dat bij het nalaten een bewustzijn niet altijd noodzakelijk is en dragen het voorbeeld aan van een getuige die in strijd met art. 444 Sr vergeet ter terechtzitting te verschijnen.<sup>55</sup> De

---

<sup>50</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 364.

<sup>51</sup> Idem, p. 364-365.

<sup>52</sup> Idem, p. 364.

<sup>53</sup> H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink 1950, p. 31.

<sup>54</sup> W. Nieboer, 'Strafrechtelijke zorgplichten', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 255-270, zie p. 266, nt. 11.

<sup>55</sup> J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 165, D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1956, p. 56.

vraag is dan of in verband met het ‘vergeten’ niet van ‘bewustheid’ kan worden gesproken. Volgens Hazewinkel-Suringa en Rammelink kan dat niet.<sup>56</sup> Daarom zou bij nalaten een uitzondering moeten worden gemaakt op de regel dat de gedraging – om op verantwoorde wijze binnen het strafrecht te vallen – ‘bewust’ moet worden begaan. De auteurs hebben hier echter de bewustheid te letterlijk aan het vergeten verbonden. Het vergeten staat niet in de weg aan strafbaarheid op basis van nalaten. De bewustheid moet immers niet gelezen worden als een soort verkapt ‘boosopzet’. Als de vergeetachtige getuige het niet zou zijn vergeten, had hij gewoon kunnen verschijnen. Er was immers geen sprake van een belemmering waardoor de dader niet in vrijheid zijn wil kon bepalen. De dader had de controle over de feitelijke toedracht. Ook aan nalaten door ‘vergeetachtigheid’ ligt een vrije wilsbepaling ten grondslag. De vergeetachtigheid speelt hooguit een rol bij dolus en culpa of de verwijtbaarheid. Het doet in ieder geval geen afbreuk aan de bewustheid van het nalaten. Bij nalaten is evenzeer een mate van bewustheid, vrije wilsbepaling of controle vereist als bij handelen het geval is. Onder die vereiste bewustheid moet niet een vorm van afwezige vergeetachtigheid worden begrepen, maar slechts omstandigheden waarin een persoon niet wordt gehinderd zijn wil en gedraging vrij te bepalen. Kramp en vergeetachtigheid mogen in deze context niet worden vereenzelvigd. Dat geldt in gelijke mate voor onderstaande voorbeelden. De daar naar voren komende onbewustheid (niet-vrije wilsbepaling) kan evenmin worden gelijkgesteld met ‘vergeetachtigheid’.

Ter illustratie van gedragingen zonder vrije wilsbepaling kunnen de volgende korte casusposities worden geschetst. Een natuurlijk persoon die in zijn slaap een brandende kaars omver schopt ten gevolge waarvan de hele straat afbrandt of de rechtspersoon waaraan die gedraging geprobeerd wordt toe te rekenen, heeft met het schoppen niet een gedraging verricht waarop het strafrecht betrekking heeft. Maar degene die de kaars zo onvoorzichtig op die plaats heeft neergezet of zo onvoorzichtig naast de kaars is gaan slapen, heeft mogelijk wel een gedraging verricht waarop het strafrecht ziet (art. 158 Sr).<sup>57</sup> Iemand die spontaan uit de neus begint te bloeden en daardoor andermans goede schoenen vernielt, begaat niet de in art. 350 Sr bedoelde gedraging. Hetzelfde geldt voor iemand die een hartaanval krijgt en voor een tram valt die daardoor met alle gevolgen van dien ontspoord. Ook reflexbewegingen naar aanleiding van bijvoorbeeld een insectenbeet zijn van strafrechtstoepassing – juist wegens het gebrek aan bewustzijn en wilsbesluit – uitgesloten.<sup>58</sup> De materieelrechtelijke consequentie daarvan is dat zich geen gedraging voordoet en de formele consequentie is dat wordt vrijgesproken. In deze lijn past evenzeer de persoon die door een etalageruit wordt geduwd. Diegene heeft de etalageruit niet in strafrechtelijke zin onbruikbaar gemaakt, beschadigd of vernield; hij beging niet de delictsgedraging uit art. 350 Sr.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 194-195 en 281-283.

<sup>58</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 152.

Onder de gedraging worden kortom alleen die feitelijke toedrachten verstaan waaraan een vrije wilsbepaling ten grondslag heeft gelegen. Die vrije wilsbepaling zorgt voor een unieke individuele koppeling met de persoon die de gedraging beging. Op die persoonlijke binding kan de betreffende persoon in een democratische rechtsstaat door de overheid strafrechtelijk worden aangesproken. Die koppeling maakt de gedraging van deze persoon – anders dan de rechtsgoedschending of theoretische zorgplichtschending waar die connectie is losgelaten (waarover reeds nader hoofdstuk 2) – tot een unieke gedraging waarvoor de persoon op acceptabele wijze ter verantwoording kan worden geroepen in een democratische rechtsstaat.

#### *Tussenstand en vooruitblik*

Tot dusverre is stilgestaan bij de positie van de gedraging in het materiële strafrecht. De hedendaagse materieelrechtelijke gedraging wordt gekenmerkt door een ruim bereik en een grote mate van flexibiliteit. De gedraging omvat meer feitelijke toedrachten dan alleen een gewilde spierbeweging. De gedraging is ‘ieder uiterlijk bedrijf’ en is in ieder geval een complex van doen en laten. De gedraging kent een objectieve zijde in die zin dat zij feitelijk waarneembaar moet zijn. De gedraging kent daarnaast een subjectieve zijde. De subjectieve zijde hangt samen met het niet onbewust begaan van een gedraging. Aan de gedraging dient namelijk een vrije wilsbepaling ten grondslag te liggen. Het zal interessant worden in latere hoofdstukken te bezien in hoeverre het gedragingsbestanddeel ‘zorgen’ aansluit op de aldus gedefinieerde gedraging in materieelrechtelijke zin.

### **3.2.3 Daderschap: functioneel en corporatief**

In de voorgaande paragraaf ging het om de strafrechtelijke *gedraging*. Die gedraging staat in nauw verband met een andere belangrijke materieelrechtelijke term: *daderschap*. Op de vraag of onder daderschap meer valt dan alleen de gedraging gaat de volgende alinea. Daarna zal aandacht bestaan voor het functionele daderschap. Hoewel *functioneel daderschap* ook bij natuurlijke personen aan de orde kan zijn, speelt het toch voornamelijk bij rechtspersonen. Voor zover functioneel daderschap een element in zich bergt van het toerekenen van de gedraging van de een aan de ander, blijkt onder meer uit het Zijpe-arrest zoals dat hierna in hoofdstuk 6 nader zal worden besproken, dat de Hoge Raad de strafbaarheid van de rechtspersoon (toch nog steeds) opbouwt vanuit de gedraging van een *andere* persoon. De Hoge Raad schetst in dat arrest – als criteria voor daderschap van de rechtspersoon – de voorwaarden waaronder toerekening kan plaatsvinden. Met die benadering levert het functionele daderschap bij de rechtspersoon tevens een beperking op. In het kader van de ontwikkeling naar een moderner daderschap kan dan de vraag aan de orde worden gesteld of het daderschap van de rechtspersoon niet eerder en beter kan worden opgebouwd vanuit een meer *rechtstreeks* corporatief daderschap op basis van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zoals die in dit onderzoek centraal staan. Alvorens in hoofdstuk 6 aan de bespreking van de relatie tussen functioneel en rechtstreeks



corporatief ouderschap wordt toegekomen, zal in onderhavig algemeen materieelrechtelijk hoofdstuk eerst nader moeten worden ingegaan op de inhoud van het ouderschap in het algemeen.

### *Daderschap en gedragsbestanddeel*

Gesteld zou kunnen worden dat ouderschap meer bestanddelen dan alleen de delictsgedraging omvat.<sup>59</sup> In die benadering zouden ook de bestanddelen *dolus* en *culpa* bepalend zijn voor de aanwezigheid van ouderschap. Pleger was bijvoorbeeld volgens Anneveldt in 1953 “*degene, op wie de aanduiding “hij die” van toepassing is. Plegen betekent het vervullen van alle subjectieve en objectieve elementen van het strafbare feit*”.<sup>60</sup> Dat lijkt echter niet de benadering van de Hoge Raad te zijn. In bijvoorbeeld het IJzerdraad-arrest is te lezen dat de gedraging wel, maar het opzet niet kon worden toegerekend omdat die geestesgesteldheid bij de (functionele) dader zelf aanwezig zou moeten zijn.<sup>61</sup> Aldus is volgens De Hullu “*expliciet beslist dat ouderschap en de subjectieve zijde van een strafbaar feit uit elkaar moeten worden gehouden*”.<sup>62</sup>

De opvatting van de Hoge Raad komt nadrukkelijker naar voren in het Zijpe-arrest en wordt in de literatuur erkend.<sup>63</sup> In dat arrest zijn criteria uitgewerkt aan de hand waarvan tot corporatief ouderschap kan worden gekomen. Los van het langslippen van die criteria moeten bestanddelen als *culpa* en *dolus* worden beoordeeld. Die hebben namelijk, zo werd al eerder gezegd (paragraaf 3.2.1.1), ook volgens de Hoge Raad met het ouderschap niets te maken. De (rechts)persoon die de delictuele gedraging, ongeacht subjectieve bestanddelen en andere in bestanddelen vervatte omstandigheden, begaat, is dader. Andere in de strafbepaling aan te treffen bestanddelen moeten wel worden vervuld voor *strafbaarheid*, maar zijn niet bepalend voor het *ouderschap* zoals dat wordt voorgestaan in onderhavig onderzoek. Met het enkele vaststellen van ouderschap is zodoende omtrent de

<sup>59</sup> Onder meer geconstateerd bij A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 5, J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 149 en E. Gritter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijke persoon’, in: J.B.J. van der Leij (red.) *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-31, zie p. 4. En verdedigd door A.L.J. van Strien, ‘Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het ouderschap van de rechtspersoon’, *Strafblad* 2006-3, p. 234-249, zie p. 235 en M. Kessler, ‘Beslikkingsmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het driefmestarrest’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 201-223, zie p. 207.

<sup>60</sup> E.J. Anneveldt, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van deelnemers en andere derden*, (diss. Groningen), 's-Gravenhage: Uitgeverij Excelsior 1953, p. 10. Onder verwijzing naar G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876.

<sup>61</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

<sup>62</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 203.

<sup>63</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis, alinea 2 van de annotatie. Zie ook M. Kessler, ‘Beslikkingsmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het driefmestarrest’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 201-223, zie p. 203.

strafbaarheid nog niets gezegd.<sup>64</sup> Onder ouderschap wordt daarom in voorliggend onderzoek ‘gedragerschap’ verstaan. Dader is degene die de delictsgedraging be- gaat. De delictsgedraging komt vrijwel altijd tot uitdrukking in het gedragsbe- standdeel of ten minste uiteindelijk in de tenlastelegging en bewezenverklaring in geval van bijvoorbeeld sommige gevolgsdelicten en culpoze delicten.<sup>65</sup> Van be- lang voor het vervolg van dit betoog is het voor ogen te houden dat het dader- schap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin vorm krijgt door het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel en dat dus voor het bepalen van het ouderschap – evenals dat het geval is bij het ouderschap van standaardstrafbepalingen – de andere bestanddelen in het wets- artikel daarop niet van invloed zijn.

### 3.2.3.1 Verschillende opvattingen over functioneel ouderschap en functio- nele interpretatie

Een bijzondere vorm van ouderschap is het functioneel ouderschap. Onder wat ‘functioneel’ is, kunnen verschillende dingen worden verstaan. Die diversiteit heeft een ongunstig effect op de begrijpelijkheid van het functioneel ouderschap. Het is aangewezen van die wijdlopiegheid een kort overzicht te geven zodat daar- na helder kan worden uiteengezet welke opvatting in dit onderzoek de boven- toon voert.

De Jong gebruikt de term functioneel als synoniem voor verruiming waar hij bespreekt dat ook giraalgeld met gestolen betaalkaarten kan worden ‘weggeno- men’ door met die gestolen bankpassen te betalen. De Jong stelt “*Deze uitspraak ligt op de reeds lang in ontwikkeling zijnde lijn van ruime, functionele uitleg van de wettelijke omschrijvingen van de klassieke vermogensdelicten*”.<sup>66</sup> Het ruim inter- preteren van het wegnemen van een goed kan aldus door sommigen worden ge- zien als een vorm van functionele interpretatie. Van Strien geeft een aantal voor- beelden van het verwarrende gebruik van het begrip ‘functioneel delict’. Sommi- gen zien functionele delicten bijvoorbeeld als ‘delicten die niet te fysiek zijn om functioneel te kunnen worden gepleegd’. Functionele delicten worden dan tegen- over zeer fysieke delicten geplaatst. Anderen zouden met de term functioneel delict doelen op ordeningsrechtelijke voorschriften waarin wordt aangeduid op welke wijze bepaalde economische functies behoren te worden ingevuld.<sup>67</sup> Vol-

<sup>64</sup> K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Arnhem: Ars Aequi Libri 2006, p. 51

<sup>65</sup> Ook dan is duidelijk welke gedraging niet mag worden begaan, namelijk die gedraging waar- door een ander dood gaat (dood door schuld – art. 307 Sr): een ander dood *denken* is geen straf- rechtelijke gedraging.

<sup>66</sup> Annotatie D.H. de Jong onder Hoge Raad 19 april 2005, NJ 2007, 386.

<sup>67</sup> A.L.J. van Strien, ‘Het (bewijs van) ouderschap van de rechtspersoon naar Australisch en naar Nederlands recht’, in M. Faure en K. Schwarz (red.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aan- sprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 123- 144, zie p. 141, nt. 47. Verwijzend naar onder meer R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspers- onen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 86. Zie tevens A.L.J. van Strien, ‘Het dader- schap van de rechtspersoon bij milieudelicten’, in: M.G. Faure, J.C. Oudijk en D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem:

gens Van Woensel wordt in de literatuur en jurisprudentie de benaming ‘functionele interpretatie’ gewoonlijk gereserveerd voor “*gevallen waarin de rechter oordeelt dat de delictshandeling zo kan worden uitgelegd dat daar het handelen door middel van een ander onder valt en de verdachte kan worden geacht zelf de handeling te hebben verricht*”.<sup>68</sup> Volgens Kelk en Van Elst is functioneel daderschap uitsluitend denkbaar terzake van functionele delicten.<sup>69</sup> Volgens Van Elst wordt daaronder in de literatuur verstaan “*die delicten waarin begrippen worden gehanteerd die niet zozeer een fysieke gedraging aangeven, maar het bewerkstelligen van een maatschappelijk proces*”.<sup>70</sup> Kelk koppelt de functionele interpretatie aan de dader. Hij verstaat onder functionele delicten, “*delicten die door een functionele dader kunnen worden gepleegd, omdat de betreffende strafbepalingen zich daadwerkelijk tot deze richten*”.<sup>71</sup> Voorgaande voorbeelden laten zien dat, zoals met veel fundamentele begrippen in het materiële strafrecht het geval is, ook over de inhoud en betekenis van het functionele daderschap de meningen uiteenlopen. Veelal wordt gemeend dat met het functionele daderschap en de functionele interpretatie een nieuwe weg is ingeslagen. Zo modern en nieuw is het echter allemaal niet.

#### *Niets nieuws onder de zon*

Volgens Van Woensel kan een bijzonder omslagpunt van gewoon naar functioneel daderschap in de Nederlandse strafrechtsgeschiedenis niet worden aangeduid.<sup>72</sup> Desondanks wordt in de literatuur vaak gewezen op de annotaties onder het IJzerdraad-arrest<sup>73</sup> en het Kaarsen-arrest<sup>74</sup> van Röling die deze benadering voor het eerst als ‘functioneel’ aanmerkte.<sup>75</sup> In de ogen van Wedzinga kreeg het functionele daderschap een ‘krachtige impuls’ door wettelijk mogelijk te maken dat rechtspersonen ook strafbare feiten kunnen begaan.<sup>76</sup> De betreffende wettelijke bepalingen (art. 15 WED (oud) en daarna art. 51 Sr) zijn volgens Van Woensel echter als voortbrengselen van het functionele daderschapsconcept te beschouwen, waardoor dat functionele daderschap zelf juist naar de achtergrond is ge-

---

Gouda Quint 1991, p. 257-301, zie p. 276, nt. 61 en p. 290.

<sup>68</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 33.

<sup>69</sup> R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 20 en C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 378.

<sup>70</sup> R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 20-21, daartoe in voetnoot 17 verwijzend naar het werk van Noyon-Langemeijer-Remmelink, Van Veen, Torringa, Vellinga-Schootstra, Van Strien en Fokkens.

<sup>71</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 378.

<sup>72</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 167-168.

<sup>73</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378, m.nt. B.V.A. Röling.

<sup>74</sup> Hoge Raad 31 januari 1950, NJ 1950, 286, m.nt. B.V.A. Röling.

<sup>75</sup> Bijvoorbeeld W. Wedzinga, ‘Herziening van de deelnemingsregeling’, *ArsAequi* 1994-3, p. 136-142, zie p. 140.

<sup>76</sup> Idem.

schoven.<sup>77</sup> Het niet altijd als zodanig aangeduide functionele daderschap was namelijk reeds alom aanwezig voordat in breder verband werd vastgelegd dat rechtspersonen strafrechtelijk dader kunnen zijn. Door de nieuwe bepalingen werd het functionele daderschapsconcept juist minder belast. Bijzonder nieuw is de functionele benadering dan ook niet. Ook in de negentiende eeuw werd de constructie wel gehanteerd, maar nog niet als zodanig benoemd.<sup>78</sup>

In 1887 overwoog de Hoge Raad dat behoorde te worden gelet “*op den regel, dat hetgeen iemand door een ander laat doen, hij moet geacht worden dat zelf te hebben gedaan*”.<sup>79</sup> Het verschil met bijvoorbeeld doen plegen zit in het gegeven dat de daadwerkelijk gedragende betrokkene in die deelnemingsvorm als willoos werktuig geen strafrechtelijk gedraging verricht, terwijl dat bij functioneel daderschap wel het geval kan zijn. Nolte noteert uit Hoge Raad 19 december 1907, W 8738: “*De Patroon, die door zijn gezag als zoodanig over zijnen knecht te misbruiken, dezen ertoe brengt een strafbaar feit te plegen, moet als dader worden beschouwd, zoodat het in casu door hem verrichte oplevert: diefstal*”.<sup>80</sup> Een commune deelnemingsvorm was daarbij kennelijk niet nodig. Een ander voorbeeld komt uit de tijd van vóór het huidige Wetboek van Strafrecht. Onder de Code Penal was “*de meester, die zijne bedienden last geeft, iets te doen, wat geheel ligt binnen den kring der werkzaamheden, die zij voor hem hadden te verrigten, aansprakelijk wanneer dat feit met straf is bedreigd*” aldus Schooneveld reeds in 1876.<sup>81</sup> Zelfs een eeuw eerder werd reeds de opvatting aangehangen dat het bevelen tot een misdaad even strafbaar was als het begaan van de misdaad zelf. “[...] *soo is het buyten alle bedencklykheid, dat het eene misdaet zy, iemant tot het pleegen van een schelmstuk bevel en last te geven, en sulk een, even als de dader, strafbaar*”.<sup>82</sup>

Een andere in dit verband interessante zaak biedt de uitspraak Hoge Raad 13 februari 1844.<sup>83</sup> In art. 319 van de Code Pénal werd – grof gezegd – strafbaar gesteld hij die zonder dat gewild te hebben door onvoorzichtigheid de dood van een ander veroorzaakte. In casu had de feitenrechter een winkelier, genaamd W. Jesse

<sup>77</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 170.

<sup>78</sup> Idem, p. 33-34, 168.

<sup>79</sup> Hoge Raad 31 oktober 1887, *Weekblad van het regt* p. 5492, ontleend aan A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 34.

<sup>80</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 247.

<sup>81</sup> G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.J.z. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 4, verwijzend naar H.R. 12 Febr. 1861, v. d. H. 1861. 1655, 69 N.R. LXVIII. 58, 428. W. 2253 – “*Zoo b. v. bij het doen grazen van koeien op eens anders grond, waarop die meester beweert regt te hebben*”. – H.R. 4 Dec. 1867. v. d. H. g. z. XXIII. 357. N.R. 87, 251. N.R.B. 181, 772. W. 2969.

<sup>82</sup> J. Moorman en J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764, p. 5.

<sup>83</sup> *Verzameling van Arresten Strafrecht en Strafvordering* van Van den Honert, deel XII, nummer 717, p. 170; *Weekblad van het Regt*, 1844, nr. 479, p. 509-510. Zie aantekening 4, art. 319-320 Code Pénal, G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.J.z. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 308.

wonende te Den Haag, veroordeeld die erwten op een daartoe ongeschikte en te zwakke zolder in een belendend gebouw naast de winkel (firma Verkouw & Stokhuizen) had laten laden. Die zolder was uiteindelijk ingestort waardoor twee mensen het leven lieten. Andere betrokkenen in deze zaak waren de eigenaar van de zolder (die had aangegeven dat de erwten in een hoek moesten worden opgestapeld en niet verspreid over de zolder), twee sjouwers en de huurder van de bergplaats die tevens vertegenwoordiger van de firma was waar de winkel deel van uitmaakte en waarbij de winkelier in dienst was (de huurder was meneer A. Stokhuizen zelf).

De analyse van Advocaat-Generaal Arntzenius voltrok zich langs de volgende lijnen. Wanneer er onwillige manslag door achteloosheid of onvoorzichtigheid is begaan, moet men *“onderzoeken wie de auteur is van die daad, wie gedaan heeft wat hij moest nalaten, of wie heeft nagelaten te doen wat hij moest doen; met andere woorden, wie de achtelooze, de onvoorzigtige is geweest, vooral wanneer, gelijk in casu, meerdere personen daartoe hebben meegewerkt”*. Wanneer immers alleen naar de materiële daad van het op de zolder laden zou worden gekeken *“de zakkedragers wel het eerst aan de beurt zouden liggen, quod absurdum”*. Arntzenius vraagt zich af *“bij wien de verantwoordelijkheid voor de daad ligt; aan wien dezelve is te imputeren”*. De onvoorzichtigheid bestond in casu niet uit het *“opladen der erwten [...] maar in het geven van bevel, en het gelasten dat eene lading werd opgeladen op eenen zolder, dien men wist althans moest vermoeden, daartoe te zwak te zijn”*. Volgens de Advocaat-Generaal is de achtelooze, de onvoorzichtige degene *“in wien zich de volgende 5 zaken vereenigen: 1. hij die kon beschikken over de lading; 2. hij die kon beschikken over het ingestorte pand; 3. hij die bekend was, althans bekend kon geraakt zijn, met de zwakheid of liever ongeschiktheid van hetzelve; 4. hij die bekend was, althans bekend kon geraakt zijn, met de zwaarte der lading; en 5. hij die, in gevolge zijne vrije beschikking over de lading, in loco bevel heeft gegeven tot de oplading”*. Dit kwam, ter zijde, in 1844 al tamelijk dichtbij het beschikken en aanvaarden dat met de IJzerdraad-criteria algemeen bekend werd.<sup>84</sup> Bij de specifieke medewerker van de firma, en niet bij de winkelier zou aldus de verantwoordelijkheid moeten liggen. De Advocaat-Generaal lijkt er van uit te gaan dat de firmant aansprakelijk kan zijn op basis van enkel art. 319 Code Pénal, dus bijvoorbeeld zonder ‘doen plegen’-constructie. Interessant is het te zien dat het kunnen beschikken over het gebeuren door Arntzenius zo doorslaggevend wordt geoordeeld. De veroordeelde winkelier was begrijpelijkerwijs opgekomen tegen zijn veroordeling. De Hoge Raad heeft het zelf over de ondergeschikten die eventueel wel afzonderlijk voor eigen nalatigheid, maar *“niet voor de regtstreeksche gevolgen van het bevel tot oplading verantwoordelijk kunnen worden gehouden, en evenzeer alleen de huurder of deszelfs vertegenwoordiger [i.e. in casu de bovengenoemde firmant – BK] of regtverkrijger over het gebruik van het gehuurde konden beschikken”*. Over wie wel de dader is, laat de Hoge Raad zich in tegenstelling tot Arntzenius niet uit. In dat verband wordt nog wel overwogen *“in facto is uitge-*

<sup>84</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378 m.nt. B.V.A. Röling (IJzerdraad-arrest).

*maakt, dat een aanwezig lid der firma, voor welker rekening en onder wier order door den req. handel wordt gedreven, na bezigtiging van den zolder en na denzelven tot de oplading te hebben goedgekeurd, het bepaald bevel daartoe heeft gegeven aan den req. die bij dat arr. in betrekking tot den lastgever, als de mindere tot den meerderen is aangemerkt; - alsmede dat de aanwezige eigenaar van den zolder aan de dragers het bevel heeft gegeven, om de opgedragene erwten niet over den zolder te verspreiden, maar veeleer hoog opeen te stapelen; - zoodat het, na deze feitelijke beslissing, wel niet twijfelachtig kan zijn, dat, wie dan ook, in allen gevalle geenszins de req. als de ware oorzaak der noodlottige oplading en opeenstapeling had behooren te worden aangemerkt".* Velen konden dader zijn, maar in ieder geval niet de winkelier.

Gezien voorgaande oudere voorbeelden die sterke overeenkomsten vertonen met de kern van functioneel ouderschap, kan slechts moeizaam worden volgehouden dat het functioneel ouderschap nieuw en modern is. De vraag resteert evenwel wat dan de kern van het functioneel ouderschap is. Een goede aanduiding daarvan is nochtans op het eerste oog lastig te geven.

#### *Heersende leer betreffende functioneel ouderschap?*

Functioneel ouderschap is als begrip niet opgenomen in het Wetboek van Strafrecht en kan daardoor niet worden aangeduid als wettelijke ouderschapsvorm. De Hoge Raad spreekt in het Zijpe-arrest wel letterlijk van het 'functionele ouderschap van een natuurlijke persoon'.<sup>85</sup> De Hoge Raad duidt functioneel ouderschap van een natuurlijk persoon aan als "*de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon*".<sup>86</sup> Met het oog daarop, zo stelt daarbij de Hoge Raad in 2003, zijn in 1954 de IJzerdraad-criteria ontwikkeld.<sup>87</sup> In het IJzerdraad-arrest<sup>88</sup> is bepaald dat gedragingen van de één alleen als gedragingen van een natuurlijke persoon kunnen worden aangemerkt indien die natuurlijke persoon (de functionele dader) erover kon *beschikken* of die gedragingen plaatsvonden en het plaatsvinden daarvan blijktens de feitelijke gang van zaken door hem werd *aanvaard of placht te worden aanvaard*. Kessler meent dat de Hoge Raad later heeft gesuggereerd dat het functioneel ouderschap van natuurlijke personen mogelijk ook op basis van "*andere gronden dan de beide ijzerdraadcriteria kan worden aangenomen*".<sup>89</sup> Gedacht kan dan worden aan de andere in het Zijpe-arrest genoemde omstandigheden. Voor het func-

---

<sup>85</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.4. Ook in Hoge Raad 24 mei 2005, NJ 2005, 434, r.o. 3.4 wordt de "(functionele) dader" letterlijk genoemd.

<sup>86</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.4.

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378 m.nt. B.V.A. Röling (IJzerdraad-arrest).

<sup>89</sup> M. Kessler, 'Beschikkingsmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmeest arrest', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 201-223, zie p. 212, verwijzend naar Hoge Raad 24 mei 2005, LJN AT2918 / NJ 2005, 434.

tioneel ouderschap van rechtspersonen geldt de Zijpe-benadering.<sup>90</sup> Deze benadering wordt in hoofdstuk 6 uitvoeriger besproken maar komt, daarop vooruitlopend, op het volgende neer. De rechtspersoon kan dader zijn van een strafbaar feit indien de gedraging aan hem kan worden toegerekend. Wanneer kan worden toegerekend, is niet in een algemene regel te vatten. De Hoge Raad voorziet wel in een oriëntatiepunt: de sfeer van de rechtspersoon. Aan de hand van een viertal omstandigheden moet vervolgens worden beoordeeld of van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon sprake is en zodoende redelijke toerekening van de gedraging in de rede ligt.

Bij het ouderschap van de rechtspersoon staat het toerekenen van een gedraging centraal. Het toerekenen van een gedraging van een ander, duidt de Hoge Raad in hetzelfde arrest aan als ‘functioneel ouderschap’. De daaruit volgende conclusie is dat corporatief ouderschap zich voltrekt langs de lijnen van functioneel ouderschap.

De criteria uit de Zijpe-benadering voor het functioneel ouderschap van de rechtspersoon zijn niet vrij van kritiek. Ook de IJzerdraad-criteria voor het functioneel ouderschap van de natuurlijke persoon liggen nog niet geheel vast. Wat echter wel vastligt, is de inhoud van functioneel ouderschap: de toerekening van de gedraging van een ander.

#### *‘Zorgen’ in het Zijpe-arrest*

In hoofdstuk 6 komt het Zijpe-arrest uitgebreider aan de orde. Van belang op dit punt is dat kort wordt stilgestaan bij de door de Hoge Raad genoemde ‘zorg’ in het kader van het IJzerdraad-criterium: ‘aanvaarden’.<sup>91</sup> De Hoge Raad laat in het Zijpe-arrest weten dat onder voornoemd ‘aanvaarden’ mede wordt begrepen: *“het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging”*.<sup>92</sup> Dat is een andere ‘zorg’ dan het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als *bestanddeel* in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. De Hoge Raad verwijst ter toelichting namelijk niet naar de eerdere wetsgeschiedenissen en jurisprudentie waaruit voor het zorgbestanddeel een bijzondere eigen betekenis blijkt. Daarnaast spreekt de Hoge Raad niet nadrukkelijk van zorgen als een soort *plicht*. De betekenis van de zorg als mogelijk invulling van aanvaarden in het Zijpe-arrest, is zodoende ietwat onbestemd en zweeft tussen de andere omstandigheden.

Dat is echter niet het geval bij de hier te onderzoeken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Die zijn alleen al tastbaarder doordat ze in wettelijke regelingen zijn neergelegd. De zinsnede in het Zijpe-arrest lijkt in ieder geval bedoeld voor bepalingen met een concreet omschreven gedraging, althans niet gericht tot zorgplichtbepalingen. Het zorgen voor de delictsgedraging waar-

<sup>90</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis.

<sup>91</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

<sup>92</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.4.

van de Hoge Raad spreekt, zou problematisch zijn bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen omdat dan sprake is van een zorg verdubbeling (zowel als bestanddeel in het wetsartikel, als in het corporatieve ouderschaps criterium). Daardoor rijst de vraag of eigenlijk toepassing van de Zijpe-benadering bij zorgplichtbepalingen wel op zijn plaats is (zie verder hoofdstuk 6). Tegelijkertijd kan niet worden uitgesloten dat de in hoofdstuk 5 en 6 te achterhalen materieelrechtelijke betekenis van de wettelijke zorggedraging in zorgplichtbepalingen, van enige invloed zou kunnen zijn op de inhoud van het zorg-begrip in de aanvaardings-voorwaarde uit het Zijpe-arrest.

Een vraag waar vervolgens een en ander van afhangt, is of het aantal delicten dat functioneel kan worden begaan op enigerlei wijze beperkt is. Het grote belang van die vraag hangt samen met het gegeven dat corporatief ouderschap afhankelijk lijkt te zijn van functioneel ouderschap. Indien namelijk er voor een moment vanuit zou worden gegaan dat rechtspersonen delicten alleen functioneel kunnen begaan<sup>93</sup> en niet op een andere wijze, dan zou dat inhouden dat rechtspersonen slechts delicten kunnen begaan die zich lenen voor functioneel ouderschap. Het is daarom van belang te bezien welke delicten dat dan zouden zijn. Anders gesteld, is de vraag of delicten aanwijsbaar zijn die *niet* functioneel kunnen worden begaan.

#### *Kunnen niet alle delicten functioneel worden begaan?*

In de literatuur zijn ten aanzien van functionele delicten tegengestelde geluiden te vernemen. Van Woensel is van mening dat niet elk delict functioneel kan worden geïnterpreteerd casu quo begaan. Met name acht zij daarvoor sommige delicten 'te fysiek'. Zij stelt dat als de kern van het verwijt dat volgens de wetgever aan de dader dient te worden gemaakt niet los is te zien van de "*persoonlijke uitvoering van de delictshandeling*," de functionele interpretatie niet kan worden gehanteerd.<sup>94</sup> De Hullu meent daarentegen dat "*het functionele ouderschap op zichzelf vermoedelijk geen beperkingen kent voor het soort delicten waarbij de constructie kan worden toegepast*".<sup>95</sup> Gesteld zou kunnen worden dat aangezien aan ieder delict een gedraging ten grondslag ligt en die delictsgedraging kan worden toegerekend, het in beginsel zo lijkt te zijn dat alle delicten *functioneel* kunnen worden begaan. Daarmee zijn de tegengeluiden echter nog niet weerlegd. Binnen de argumenten tegen de gedachte dat alle delicten functioneel zouden kunnen worden begaan, zijn twee lijnen te ontwaren. Ten eerste worden sommige in strafbepa-

---

<sup>93</sup> Zoals bijvoorbeeld J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 150 en H. de Doelder, 'Criminal liability of corporations – Netherlands', in: H. de Doelder & K. Tiedemann (red.), *La criminalisation du comportement collectif. Criminal liability of corporations*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 289-310, zie p. 292 en 297.

<sup>94</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 87.

<sup>95</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 160.



lingen omschreven gedragingen (a) te fysiek geacht voor functioneel ouderschap. Ten tweede zouden sommige delicten (b) zich zo sterk tot één specifieke (rechts)persoon richten, dat de gedraging niet door een andere (rechts)persoon kan worden begaan en zich daardoor niet voor functioneel ouderschap zou lenen.

*a) Eerste lijn: functioneel ouderschap versus fysiekheid?*

Lange tijd is gedacht dat een delict als moord te fysiek zou zijn om functioneel te kunnen worden begaan. Knigge draagt ter weerlegging van die opvatting het voorbeeld aan van de arts die in een te vroeg stadium van de zwangerschap een ongeboren vrucht laat afdrijven door een assistent.<sup>96</sup> Dit feit had ook met behulp van een deelnemingsvorm kunnen worden vervolgd. Daar werd, zoals Knigge opmerkt, door het Openbaar Ministerie echter niet voor gekozen en de Hoge Raad zag in het vervolgen en bestraffen als dader geen probleem.<sup>97</sup> Bezien vanuit het functioneel ouderschap werd de arts geacht zelf de gedraging te hebben verricht. De door de arts verrichte gedraging, inhoudende het aan de assistente opdragen van bepaalde handelingen, leverde ‘van het leven beroven op,’ en wel door de arts. Het door de arts verrichtte, resulteert aldus in de betreffende delictsgedraging zodat de arts als functioneel dader van een fysiek levensdelict kan worden gezien.

Andere voorbeelden van delicten die te fysiek zouden zijn om functioneel te kunnen worden begaan, zijn geweldsdelicten en zedendelicten.<sup>98</sup> Maar ook die delicten kunnen onder omstandigheden functioneel worden begaan. Voor het functioneel begaan van een delict als verkrachting (art. 242 Sr), kan worden gedacht aan een fictieve casus waarin de pooier/eigenaar in zijn club zijn prostituee opdraagt een daar aanwezige zakenman, die voor de diensten heeft betaald noch daar om heeft verzocht, ongewenst te verleiden door hem tegen zijn wil onder meer te zoenen.<sup>99</sup> Waarom zou de louche baas niet als functioneel dader van verkrachting kunnen worden aangemerkt?<sup>100</sup> Vanzelfsprekend kunnen ook andere (deelnemings)constructies worden toegepast om de pooier uit de fictieve casus te vervolgen. Maar dat was in het geval van de arts die zijn assistent abortus liet plegen niet anders.<sup>101</sup> Daarop wijst ook Knigge die stelt “*Als de OvJ de arts uit het in de inleiding besproken arrest niet wegens (functioneel) plegen had vervolgd, maar wegens doen plegen (of [...] wegens uitlokking), zou dat stellig ook genade gevonden hebben in de ogen van de Hoge Raad*”.<sup>102</sup>

<sup>96</sup> G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over het ouderschap’, *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 128.

<sup>97</sup> Hoge Raad 29 mei 1990, NJ 1991, 217 en daarover G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over het ouderschap’, *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 152.

<sup>98</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 87.

<sup>99</sup> Vrij naar Hoge Raad 21 april 1998, NJ 1998, 781 (Tongzoen).

<sup>100</sup> Terzijde zij hier alvast opgemerkt dat de vraag naar het corporatief ouderschap van de betreffende club juridisch nog interessanter is.

<sup>101</sup> Hoge Raad 29 mei 1990, NJ 1991, 217.

<sup>102</sup> G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over het ouderschap’, *Delikt en Delinkwent*,

De andere categorie delicten die voor functioneel ouderschap als te feitelijk wordt gezien, vormen de geweldsdelicten. Ter weerlegging daarvan kan ten aanzien van die categorie worden gedacht aan een groep huurlingen zoals die zich voordoen in Irak in wederopbouw<sup>103</sup> en die zich opstellen als bodyguards van degene die ze inhuurt, maar die hun boek te buiten gaan. De huurder en de verhuurder zouden daarbij heel goed (rechts)personen kunnen zijn die het fysieke geweldsdelict onder omstandigheden eventueel functioneel begaan. Dichter bij huis kan worden gedacht aan de leidinggevers van uitsmijters van discotheken.

Een andere gedraging waarvan wel wordt gezegd dat het te feitelijk is voor functioneel ouderschap, is het onder invloed besturen van een voertuig (art. 8 WVV).<sup>104</sup> Ten aanzien van dit delict kan eveneens een fictieve functionele casus worden geconstrueerd. Degene (de geadresseerde) met de betreffende impliciete kwaliteit – het hebben van alcohol in het bloed – kan de gedraging als volgt functioneel begaan. Die persoon kan als dronken rijder de rijbewijsloze chauffeur, die voor het eerst achter het stuur van een auto plaatsneemt, vanuit de passagiersstoel coachen en vertellen hoe, waar en wanneer dient te worden gasgegeven en gestuurd. Deze, de onervaren chauffeur sturende, rijder, kan gelden als de persoon die beneveld aan het verkeer deelneemt. Voor zover het rijden onder invloed wordt gezien als (impliciet) kwaliteitsdelict, geldt voornoemd voorbeeld eveneens ter weerlegging van de in het navolgende te bespreken tegenwerpingen die over de band van het normadressaatschap worden gespeeld.

*b) Tweede lijn: functioneel ouderschap versus geadresseerde?*

Naast de mate van fysiekheid als lijn waarlangs argumenten worden opgevoerd tegen ongelimiteerde functionele interpretatie, ligt een lijn die samenhangt met normadressaatschap. De Hullu merkt op dat het denkbaar is dat uit de wetsgeschiedenis bij een bepaling zou kunnen blijken dat men van functioneel ouderschap niet heeft willen weten.<sup>105</sup> Vrij letterlijk zou de wetgever dan hebben moeten laten blijken dat de bepaling zich uitsluitend richt tot de persoon die de delictsgedraging feitelijk begaat. Daarvan lijkt De Hullu evenwel niet snel sprake, waarbij hij een voorbehoud maakt ten aanzien van bepaalde kwaliteitsdelicten. Ten aanzien van sommige zedendelicten is, zo stelt hij, bijvoorbeeld een bepaalde familieband vereist.<sup>106</sup> Art. 249 Sr stelt onder meer strafbaar het ontucht plegen met een eigen minderjarig kind. De onderliggende gedraging zou dan alleen kunnen worden begaan door de ouder van het betreffende ‘eigen’ kind en zodoende functioneel ouderschap, in de benadering van De Hullu, uitsluiten. Maar is het niet zo dat juist degene tot wie die bepaling is gericht, bij uitstek de betreffende gedraging functioneel kan begaan? Het punt is alleen, dat alle personen tot wie de

---

1992-2, p. 128-154, zie p. 152.

<sup>103</sup> T. Baldwin, ‘Blackwater denies rogue mercenary charge’, *The Times*, London 3 oktober 2007.

<sup>104</sup> R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 22.

<sup>105</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 161.

<sup>106</sup> Idem.

bepaling niet is gericht en die de betreffende gedraging daarom in het geheel niet kunnen begaan, het delict evenmin *functioneel* kunnen begaan. Het leerstuk van functioneel daderschap houdt dan ook helemaal niet in dat iedereen alle delicten kan begaan. De kern van functioneel daderschap is (slechts) dat de (geadresseerde) dader de concrete delictsgedraging niet zelf hoeft te begaan om tóch als dader te kunnen worden aangemerkt. Dat die potentiële ‘functioneel dader’-vijver waaruit kan worden gevist, is beperkt door het vereisen van een bepaalde kwaliteit, is dan irrelevant. Nochtans wordt in de literatuur gewezen op het Sproeivliegtuig-arrest<sup>107</sup> waaruit wellicht zou kunnen blijken dat in bepaalde gevallen voor functioneel daderschap inderdaad geen ruimte is bestaat.<sup>108</sup> Daarover het volgende.

### *Sproeivliegtuig-arrest*

In de casus van het Sproeivliegtuig-arrest stond een rechtspersoon centraal, hetgeen extra verwarrend kan zijn omdat juist ten aanzien van rechtspersonen door de wetgever stellig is aangegeven dat niet alle delicten door een rechtspersoon kunnen worden begaan. De wetgever dacht daarbij aan delicten als verkrachting en bigamie.<sup>109</sup>

In de casus van het Sproeivliegtuig-arrest was een stuk land bespoten vanuit een vliegtuig. Helaas was ook buiten het beoogde gebied met bestrijdingsmiddel gespoten. *“Uit de hiervoren weergegeven parlementaire geschiedenis, in samenhang met ‘de systematiek van het besluit’ waarmee het hof kennelijk doelt op het onderscheid tussen art. 4 enerzijds en de art. 5 en 6 anderzijds met betrekking tot de omschrijving van degene tot wie de in de onderscheiden artikelen gestelde normen zich richten — heeft het hof terecht afgeleid dat het tweede lid van art. 4 van het besluit een norm bevat die uitsluitend gericht is tot de feitelijke toepasser van bestrijdingsmiddelen. Voor uitbreiding van de strafbaarstelling in de door rekwirant in cassatie voorgestane zin is naar de kennelijke strekking van het besluit daarnaast geen ruimte”*.<sup>110</sup> Volgens de Hoge Raad richtte de lagere regeling (gezien de toelichting daarop) zich expliciet tot de ‘feitelijke toepasser’, te weten de piloot van vlees en bloed.<sup>111</sup> De (niet als deelnemer) vervolgde rechtspersoon kon daardoor in casu niet worden veroordeeld en werd vrijgesproken. Volgens Van Elst werd aldus de vraag of het betreffende delict een ‘functioneel delict’ is, ontkennend

<sup>107</sup> Hoge Raad 2 juni 1992, NJ 1992, 754, m.nt. G. Knigge (Sproeivliegtuig).

<sup>108</sup> R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 22. Zie ook E. Gritter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijke persoon’, in: J.B.J. van der Leij (red.) *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-31, zie p. 3; J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 161.

<sup>109</sup> *Kamerstukken II 1975/76*, 13 655, nr. 3, p. 13. Torringa heeft daaraan nog een aantal toegevoegd, R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 88. Dat daarover anders kan worden gedacht, is hieronder nog aan de orde.

<sup>110</sup> Hoge Raad 2 juni 1992, NJ 1992, 754, r.o. 7.3.

<sup>111</sup> Waar overigens de nota van toelichting (zoals die in het arrest werd weergegeven) sprak van ‘eigenlijke toepassing’.

beantwoord.<sup>112</sup> Of dat werkelijk zo is, kan worden betwist. De Hoge Raad lijkt in de betreffende uitspraak namelijk slechts te overwegen dat een rechtspersoon het delict niet kan begaan. De Hoge Raad heeft het daarbij niet over functioneel ouderschap van natuurlijke personen. Van Woensel achtte functionele interpretatie in deze zaak dan ook allerminst uitgesloten.<sup>113</sup> Zij heeft als voorbeeld op de piloot gewezen die het vliegtuig bestuurt en een passagier die de knop omzet van het sproeiapparaat. Tevens zou kunnen worden gedacht aan de directeur van de onderneming die door de boordradio middels de kreten 'nu!' en 'stop!' bereikt op welke momenten de kraan wordt opengedraaid en dus wanneer het bespuiten van de grond begint en eindigt. Langs die weg komt toch ook de rechtspersoon weer in het vizier. Op dit laatste punt zijn annotator Knigge en Advocaat-Generaal Leijten in hun op deze zaak betrekking hebbende stukken echter onverbiddelijk. Knigge merkt in zijn annotatie op dat soms de delictsomschrijving (zoals bij bigamie) ouderschap van de rechtspersoon eenvoudigweg uitsluit en dat dat in onderhavig sproeivliegtuig-geval eveneens aan de orde was.<sup>114</sup> Leijten stelt in zijn conclusie dat de onderhavige feiten die door de piloot zijn gepleegd niet krachtens functioneel ouderschap ook kunnen zijn gepleegd door de vennootschap.<sup>115</sup> Dat hij meent dat het feit zich niet leent voor functioneel ouderschap *van de rechtspersoon* kan misschien wel worden begrepen. In sommige gevallen lijkt namelijk inderdaad expliciet de rechtspersoon of juist de natuurlijke persoon van het bereik van een bepaling uitgesloten. Een voorbeeld daarvan is art. 1.3 Wet luchtvaart, dat zich richt tot de luchtvaartmaatschappij. Opmerkelijk is evenwel dat Leijten daaraan vervolgens toevoegt dat het feit in casu zich niet leent voor functioneel ouderschap. Dat het delict in het Sproeivliegtuig-arrest zich (kennelijk in het geheel) niet zou lenen voor functioneel ouderschap lijkt echter, zo kan nog steeds met Van Woensel worden volgehouden, onwaarschijnlijk. Leijten wijst er in zijn conclusie voorts op dat de werkgever ook niet erover kan beschikken of zijn vrachtwagenchauffeur de maximumsnelheid overschrijdt.<sup>116</sup> Ook dat kan in twijfel worden getrokken. Onder omstandigheden kan een werkgever juist heel goed over de maximumsnelheid beschikken. Als voorbeeld mag dienen de directeur die opdracht geeft een pakket binnen een half uur op een bepaalde locatie te bezorgen, terwijl hij weet dat een succesvolle bezorging zonder snelheidsovertreding onmogelijk is. De directeur zou zelfs de chauffeur kunnen opdragen vooral alle verkeersregels te negeren omdat koste wat kost het pakket op de afgesproken tijd bij cliënt moet zijn bezorgd. In het concrete geval zal dan functioneel ouderschap wel degelijk tot de mogelijkheden kunnen behoren naast opdrachtgeven, feitelijk leidinggeven en deelneming.

---

<sup>112</sup> R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 22.

<sup>113</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 86.

<sup>114</sup> Annotator Knigge in alinea 1 van zijn annotatie onder Hoge Raad 2 juni 1992, NJ 1992, 754.

<sup>115</sup> AG Leijten in alinea's 25-26 van zijn conclusie voor Hoge Raad 2 juni 1992, NJ 1992, 754.

<sup>116</sup> AG Leijten in alinea 26 voor Hoge Raad 2 juni 1992, NJ 1992, 754.

In het licht van het voorgaande kan worden volgehouden dat alle delicten functioneel kunnen worden begaan. Dit sluit aan bij de benadering van Kelk<sup>117</sup> (en de zich in enigszins vergelijkbare termen uitendende Knigge<sup>118</sup> en De Hullu<sup>119</sup>) die stelt dat vermoedelijk ieder delict functioneel kan worden begaan.

### 3.2.3.2 Corporatief ouderschap: kunnen rechtspersonen alle delicten begaan?

Met die laatste constatering in de vorige paragraaf mag echter niet de discussie worden verward ten aanzien van de vraag of *rechtspersonen* ieder delict kunnen begaan. Aangezien rechtspersonen onder omstandigheden functioneel dader kunnen zijn en in het voorgaande is betoogd dat alle delicten functioneel kunnen worden begaan, lijkt het de logische uitkomst van een eenvoudige optelsom dat rechtspersonen alle delicten kunnen begaan. Sommige auteurs twijfelen daar echter aan en dat geeft aanleiding te bezien in hoeverre rechtspersonen inderdaad onbeperkt alle delicten kunnen begaan.

De uitkomst daarvan zegt iets over de gelijkwaardigheid van natuurlijke personen en rechtspersonen. De relevante algemene bepaling (art. 51 Sr) lijkt die gelijkwaardigheid tussen natuurlijke personen en corporaties wel te veronderstellen voor zover het gaat om het begaan van delicten. Het eerste lid van art. 51 Sr luidt immers "*Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen*".

De behandeling van deze kwestie verloopt in het onderstaande langs dezelfde lijnen als bij het functioneel ouderschap. Eerst zal (a) de fysiekheid van delicten worden besproken. Daarna is (b) het adressaatschap aan de orde.

#### a) Eerste lijn: corporatief ouderschap versus fysiekheid?

Allereerst dient de vraag te worden beantwoord of sommige delicten te fysiek of menselijk zijn om door rechtspersonen te kunnen worden begaan. Van Woensel geeft huisvredebreuk en geweldsdelicten als voorbeelden van delicten die te fysiek zijn om door rechtspersonen te kunnen worden begaan.<sup>120</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt gewezen op onder meer bigamie (art. 237 Sr) en verkrachting (art. 242 Sr).<sup>121</sup> Volgens de wetgever was het feitelijk niet mogelijk dat rechtspersonen deze delicten zouden plegen. Door Van Elst wordt opgemerkt dat daarmee door de wetgever niet is gezegd welke delicten dan wél door rechtspersonen kunnen worden begaan.<sup>122</sup> Torringa somt een groot aantal commune delicten op dat wel door rechtspersonen zou kunnen worden begaan. Daarnaast wordt

<sup>117</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 378.

<sup>118</sup> G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het ouderschap', *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 128, 138-140.

<sup>119</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 160.

<sup>120</sup> A.M. van Woensel, 'Artikel 51', in: C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, 2006, aantekening 6.

<sup>121</sup> *Kamerstukken II 1975/76*, 13 655, nr. 3, p. 14.

<sup>122</sup> R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 19-20.

door hem de lijst van de wetgever met delicten die niet door rechtspersonen kunnen worden begaan, uitgebreid.<sup>123</sup> Hij noemt bijvoorbeeld het zich uitgeven voor een ander bij een wettelijk uitgeschreven verkiezing (art. 128 Sr) en wederspanning (art. 179 Sr).

Is het echter niet tijd een andere koers te varen? Het is lastig in te zien waarom een rechtspersoon wel een rechter zou kunnen omkopen (art. 178 Sr) maar niet wederspanning zou kunnen zijn. Dat geldt ook voor andere delicten. Vaak wordt met de nodige, vermeend evidente, vanzelfsprekendheid gesteld dat rechtspersonen natuurlijk niet kunnen verkrachten.<sup>124</sup> Een rechtspersoon kan in die optiek alleen feiten begaan waarvan men zich zou kunnen voorstellen dat een rechtspersoon die begaat. Misschien dat in deze redenering delicten als verkrachting, in tegenstelling tot bijvoorbeeld valsheid in geschrift, simpelweg als het ware ‘niet passen’ bij een rechtspersoon. Maar dat iets lastig voorstelbaar is, mag niet zonder meer een reden zijn het af te keuren. Een gebrekkige juridisch creatieve fantasie zal toch nimmer bepalend mogen zijn voor de reikwijdte van het strafrecht? Het zal in ieder geval onvoldoende zijn om bij voorbaat de rechtspersoon buiten het bereik van een groot aantal belangrijke delicten te houden. Er zijn geen principieel normatieve elementen die bij bepaalde delicten zouden verbieden ouderschap van een rechtspersoon aan te nemen.

Terecht stelt De Hullu dan ook dat voorop moet staan dat een rechtspersoon in beginsel elk strafbaar feit kan begaan. De behoefte eraan zal misschien niet altijd even groot zijn, maar uitgesloten lijkt het hem zeker niet.<sup>125</sup> Rechtspersonen kunnen inderdaad in beginsel alle mogelijke delicten begaan. Dit vertoont een zekere overlap met functioneel ouderschap. Juist omdat alle mogelijke delicten functioneel kunnen worden begaan, is het niet mogelijk dat daarbinnen delicten bestaan die te fysiek zouden zijn om door een rechtspersoon te kunnen worden gepleegd. Zo kunnen bigamie en vergelijkbare ogenschijnlijk a-rechtspersoonlijke delicten (zoals het door Toppinga genoemde valse identiteit bij verkiezingen) door rechtspersonen eenvoudig worden gefaciliteerd zodat onder omstandigheden tot ouderschap kan worden gekomen. Want nogmaals: hoe dat fysiek gezien anders zou zijn dan bijvoorbeeld valsheid in geschrift of het omkopen van een ambtenaar kan niet worden verklaard. Mogelijk is ook dat een rechtspersoon iemand zou dwingen tot bigamie. Dat – toegegeven – bigamie misschien onlogisch klinkt, mag niet in de weg staan aan het desondanks functioneel kunnen interpreteren van de betreffende delictsgedraging. Indachtig het Zijpe-arrest zou onverkort en niet slechts in beginsel als uitgangspunt, moeten gelden dat rechtspersonen alle strafbare feiten kunnen begaan. Dat volgt uit art. 51 lid 1 Sr en wordt vaker door de Hoge Raad per bepaling herhaald: *“De verbodsbepaling van [...] richt zich tot een ieder. Krachtens art. 51 Sr kan de overtreding van dat verbod*

---

<sup>123</sup> R.A. Toppinga, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 88.

<sup>124</sup> Zie bijvoorbeeld de Memorie van Toelichting bij het initiatiefwetsvoorstel opheffing immuniteit publiekrechtelijke rechtspersonen, *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 538, nr. 3, p. 14.

<sup>125</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 163.

worden begaan door zowel natuurlijke personen als rechtspersonen".<sup>126</sup> Over eventuele fysieke beperkingen wordt daarbij niet gesproken. Stel nu dat zich het geval voordoet dat een rechtspersoon functioneel binnen het bereik van verkrachting valt, dan zal daarvoor toch evenzeer moeten kunnen worden bestraft? Waarom zou de rechtspersoon daarvan uitgesloten moeten zijn? De rechtspersoon mag en behoort op dit onderdeel niet anders te worden gezien dan een natuurlijke persoon. Beiden zijn ze in beginsel in staat alle mogelijk denkbare delictsgedragingen te begaan. Van die gelijkheid wordt ook in art. 51 Sr uitgegaan.<sup>127</sup> Zodoende zou zelfs een zeer ver gaande mate van fysiekheid van een delict, niet in de weg behoeven te staan aan rechtspersoonlijk daderschap.

*b) Tweede lijn: functioneel daderschap versus adressaatschap en/of kwaliteit?*

Het tweede punt van mogelijke delictuele beperkingen voor het daderschap van rechtspersonen betreft de aanwezigheid van bepaalde, al dan niet impliciet, vereiste kwaliteiten. Van Woensel noemt art. 192 Sr als voorbeeld van een delict dat een rechtspersoon niet zou kunnen begaan.<sup>128</sup> De Hullu rekent daarentegen wel tot de mogelijkheden dat een rechtspersoon opzettelijk niet voldoet aan de in het betreffende artikel opgenomen wettelijke verplichting als getuige of deskundige.<sup>129</sup> Een ander door Van Woensel aangevoerd voorbeeld betreft art. 386 Sr dat ziet op het kapen van een schip door de opvarenden. De rechtspersoon zou geen opvarende kunnen zijn. Dat is feitelijk net zo juist als het gegeven dat een rechtspersoon geen huwelijk kan aangaan, laat staan verscheidene huwelijken zodat hij bigamie zou plegen. Het kan echter tegelijkertijd niet zo zijn dat als de leiding van een grote milieuvereniging een aantal onderknuppels beveelt op een schip mee te varen en het te kapen, de betreffende rechtspersoon wegens het ontbreken van een bepaalde kwaliteit per definitie buiten het bereik van het strafrecht zou vallen. Indien bepaalde situaties of gedragingen binnen de verantwoordelijkheids sfeer van een rechtspersoon vallen, de rechtspersoon het in de hand had om de feitelijke gang van zaken te doorbreken en hij deze gang bovendien niet afkeurt, zou de rechtspersoon conform de Zijpe-benadering als functioneel dader kunnen worden aangemerkt. In de gevallen dat de leiding van de rechtspersoon tot de feitelijke gang van zaken specifiek opdracht geeft, zou zelfs sneller sprake zijn van daderschap. Uiteraard is dat een andere constructie dan het geval is ten aanzien van natuurlijke personen die als opvarenden worden aangemerkt. Er is echter geen overtuigende reden om in dergelijke gevallen niet tot daderschap van de rechtspersoon te komen of om die mogelijkheid bij voorbaat te weren. Aldus hoe-

<sup>126</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o.4.5. Zie bijvoorbeeld ook Hoge Raad 13 november 2001, NJ 2002, 219, r.o. 4.3.5 en Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362, r.o. 3.6.

<sup>127</sup> J. de Hullu, 'Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 273-288, zie p. 278.

<sup>128</sup> A.M. van Woensel, 'Artikel 51', in: C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, 2006, aantekening 6.

<sup>129</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 164.

ven impliciete en expliciete kwaliteitsdelicten ten aanzien van willekeurige natuurlijke personen, niet anders te functioneren dan ten aanzien van willekeurige rechtspersonen. De vereiste kwaliteit van het zijn van bijvoorbeeld eigenaar, hoofd of bestuurder werkt ten aanzien van beide in art. 51 lid 1 Sr genoemde personen niet verschillend.<sup>130</sup>

*Eén uitzondering geldend voor zowel rechts- als natuurlijke personen: uitsluiting door de wetgever?*

Niettemin lijkt een omstandigheid denkbaar waarin een delict toch niet door rechtspersonen kan worden begaan. Het enige geval dat als zodanig zou kunnen gelden, betreft de situatie waarin de wetgever in de toelichting of (bij voorkeur) in de bepaling zelf, heeft aangegeven dat het delict slechts kan worden begaan door natuurlijke personen met uitsluiting van alle rechtspersonen respectievelijk slechts door rechtspersonen kan worden begaan met uitsluiting van alle natuurlijke personen. Soms wordt gemeend dat de rechtspersoon nadrukkelijk niet de geadresseerde van de betreffende bepaling is. Dat lijkt bijvoorbeeld het geval te zijn geweest in het eerder genoemde Sproeivliegtuig-arrest. Uit de toelichting op het in de betreffende casus aan de orde zijnde besluit bleek dat de bepaling uitsluitend gericht was tot de feitelijke toepassers van bestrijdingsmiddelen.<sup>131</sup> Hoewel dit het functionele ouderschap van natuurlijke personen niet in de weg hoeft te staan,<sup>132</sup> zou kunnen worden volgehouden dat op deze manier rechtspersonen toch lijken te zijn uitgesloten. Een voorbeeld van het spiegelbeeldige geval, dus van een delict dat zich richt tot de rechtspersoon en niet tot de natuurlijke persoon, wordt gevonden in art. 1.3 Wet luchtvaart. Op de *luchtvaartmaatschappij* en niet de *natuurlijke persoon* rust de plicht te zorgen voor deugdelijke vlieg-machines en bekwaam personeel. In dergelijke gevallen zou gezien het hierboven besproken Sproeivliegtuig-arrest geen ruimte bestaan voor ouderschap van de rechtspersoon onderscheidenlijk de natuurlijke persoon. In een zeer klein aantal zeldzame gevallen lijkt het in de ogen van de Hoge Raad zo te zijn dat de natuurlijke persoon of de rechtspersoon door de wetgever simpelweg van strafrechtstoepassing is uitgesloten. Juist omdat de uitsluiting van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon van het ouderschap door de regelgever zo zeldzaam is, kan worden afgevraagd of die uitsluiting door de regelgever wel daadwerkelijk is beoogd of dat door de bijzondere regelgever van specialistische regelgeving eenvoudigweg niet is stilgestaan bij de verhouding tussen natuurlijke personen en rechtspersonen.

Het zou – na het betoog in de bovenstaande alinea's – consequent zijn in afwijking van de Hoge Raad vol te houden dat natuurlijke personen een bepaling als bijvoorbeeld voornoemd art. 1.3 Wet luchtvaart (gericht tot de luchtvaar-

---

<sup>130</sup> Zie Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 en Hoge Raad 22 juni 2004, NJ 2004, 441.

<sup>131</sup> Hoge Raad 2 juni 1992, NJ 1992, 754, r.o. 7.3.

<sup>132</sup> Zie hierboven en A.M. van Woensel, *In de vaderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 86.



maatschappij) weliswaar niet rechtstreeks kunnen schenden, doch dat, ondanks dat de bepaling is gericht tot een rechtspersoon, een natuurlijke persoon het delict wel functioneel (middels de rechtspersoon) zou kunnen begaan. Daarnaast blijven het opdracht- en feitelijk leidinggeven en alle deelnemingsvormen, waarin ook niet is vereist dat iedere deelnemer de betreffende kwaliteit heeft, tot de mogelijkheden behoren.<sup>133</sup> En voor wat betreft het Sproeivliegtuig-geval schemerde bij de bespreking van het betreffende arrest hierboven reeds door dat in geval de directeur van de rechtspersoon – conform het beleid van die onderneming maar in strijd met de toepasselijke regelgeving – via de boordradio de piloot voorschrijft de kraan te vroeg te openen en te laat te sluiten, zeer zeker sprake kan zijn van een gedraging die weliswaar door de feitelijke dader is verricht, maar die tegelijkertijd door anderen, waaronder de directeur en de rechtspersoon, functioneel kan worden begaan. Dat de lagere toelichting op de lagere regelgeving aangeeft dat het voorschrift is gericht tot de feitelijke toepasser hoeft daaraan niets af te doen. Dat een bepaalde kwaliteit niet bij alle medeplegers aanwezig is, staat toch aan de veroordeling voor deelneming van de kwaliteitloze evenmin nog in de weg? Daarom moet in afwijking van Hoge Raad, wetgever en literatuur worden volgehouden dat *alle* delicten functioneel kunnen worden gepleegd en (daarom) *alle* delicten door rechtspersonen en natuurlijke personen kunnen worden begaan.

### 3.2.3.3 Functioneel (corporatief) daderschap in voorliggend onderzoek

Eerder is opgemerkt dat een definitie van functioneel daderschap lastig is te geven. Wel kan naar aanleiding van het voorgaande betoog worden aangeduid wat onder functioneel daderschap kan worden begrepen. Het functioneel daderschap heeft betrekking op de situatie dat de gedraging van de ene (rechts)persoon wordt toegerekend aan de andere (rechts)persoon. Zoals Van Woensel schrijft: *“Kenmerkend voor de gehanteerde constructie is dat de handeling van een ander aan de dader wordt toegerekend”*.<sup>134</sup> Aan de orde was al dat daderschap wordt ingevuld als gedragerschap. In het voorgaande is tevens aangegeven dat ieder delict wordt begaan door een gedraging die een doen of een laten of een complex daarvan is. Die gedraging die zich bij ieder delict kan voordoen in de vorm van verschillende feitelijke toedrachten, kan onder omstandigheden aan een ander worden toegerekend. Derhalve is functioneel daderschap mogelijk bij *alle* delicten. Bij functioneel daderschap is het zo, dat (rechts)persoon A de delictsgedraging begaat en dat die wordt toegerekend aan (rechts)persoon B die dusdoende als (functionele) dader wordt gezien. Bij natuurlijke personen kan worden ge-

<sup>133</sup> Wel is voor feitelijk leidinggeven en voor opdrachtgeven vereist dat de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan, art. 51 Sr. In het bestuursrecht is daarnaast tegenwoordig het feitelijk leidinggeven opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht. Die regeling kan ook worden toegepast ten aanzien van financieelrechtelijke bepalingen die als geadresseerden bepaalde ondernemingen en instellingen kennen.

<sup>134</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 168.

werkt met de zogenaamde 'Ijzerdraad'-criteria (beschikken & aanvaarden) en bij rechtspersonen wordt gebruik gemaakt van de 'Zijpe'-benadering (gedraging – toerekening – geen algemene regel – sfeer als oriëntatiepunt – vier omstandigheden: werkzaam bij, passend in normale bedrijfsvoering, ten bate van, beschikken & aanvaarden).

Met name bij rechtspersonen heeft deze functionele benadering betekenis gekregen. Rechtspersonen lijken immers slechts door middel van andere (rechts)personen een gedraging te kunnen begaan. De constructie waarin de gedraging van een ander wordt toegerekend, is daarvoor bij uitstek geschikt. Aldus zouden rechtspersonen slechts *functionele* daders kunnen zijn. De wijze waarop de toerekening van een gedraging bij functioneel ouderschap zou moeten plaatsvinden, is uiteengezet in het welbekende Zijpe-arrest<sup>135</sup> dat in hoofdstuk 6 nader zal worden besproken. Het functionele corporatieve ouderschap kent echter ook beperkingen: altijd zal de gedraging van een ander moeten worden tussen geschoven. In onderhavig onderzoek zal uiteindelijk worden bekeken in hoeverre het (corporatief) ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen ook langs niet-functionele weg tot stand zou kunnen komen.

### **3.2.4 Tussenstand en kapstok onderzoek**

In deze paragraaf (3.2) is stilgestaan bij de vier stappen uit het vierstappenmodel als opmaat naar strafbaarheid. Voor strafbaarheid is vereist dat sprake is van een gedraging, die strafbaar gesteld, wederrechtelijk en verwijtbaar is. De bespreking van de vier stappen is van belang voor de materieelrechtelijke context van voorliggend onderzoek. Bij de beoordeling van het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is vooral de materieelrechtelijke positie van de gedraging relevant. De gedraging, die kan bestaan uit een doen en een laten en in de meeste gevallen een combinatie daarvan zal zijn, moet in de buitenwereld kunnen worden waargenomen. Toepassing van het strafrecht ten aanzien van loutere (onzichtbare of niet-waarneembare) gedachten kan niet worden verantwoord. Tegelijkertijd zal een bepaalde mate van bewustheid van de gedraging zodanig aanwezig moeten zijn, dat onder meer reflexbewegingen uit de greep van het strafrecht blijven en dat in het concrete geval gezegd kan worden dat daad en dader aan elkaar verbonden zijn in een vrij wilsbesluit. De gedraging is vanuit democratisch rechtsstatelijk oogpunt een cruciale ingang naar uitoefening van het ius puniendi van de overheid. In het materiële strafrecht is de gedraging de eerste voorwaarde van strafbaarheid.

In de volgende paragraaf 3.3 zal worden gezien of sprake is (geweest) van beweging in de strafrechtelijke aansprakelijkheid anno nu.

### **3.3 Beweging in strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer?**

In het voorgaande is stilgestaan bij een aantal belangrijke materieelrechtelijke onderwerpen. Die onderwerpen zijn relevant voor de latere behandeling van de

---

<sup>135</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis.

probleemstelling in dit onderzoek. De probleemstelling moet namelijk in de context van het vigerende materiële strafrecht worden gezien. In dat geldende materiële strafrechtelijke systeem staat de gedraging centraal. De gedraging is de eerste voorwaarde in een vierstappenmodel op weg naar strafbaarheid. Met het toeschrijven van een dergelijke structuur aan het materiële strafrecht dient voorzichtig te worden omgesprongen.<sup>136</sup> Dat mag niet te laconiek gebeuren. Een zekere waakzaamheid is geboden.

In het Nederlandse materiële strafrecht worden reeds geruime tijd vier bestendige voorwaarden onderschreven die met elkaar de structuur van strafbaarheid bepalen. Ofschoon het betreffende model nergens in het Wetboek van Strafrecht letterlijk is terug te vinden, valt met de nodige terughoudendheid daarin wel een zekere door de wetgever geschapen systematiek te ontdekken.<sup>137</sup> In paragraaf 3.2 was aan de orde dat voor strafbaarheid in beginsel een gedraging is vereist, die valt binnen een strafbaarstelling en die wederrechtelijk en verwijtbaar is. Deze structuur lijkt weinig ter discussie te staan. Het gebruik van de vier voorwaarden voor strafbaarheid kan een voorliggende strafzaak verduidelijken door de structuur en het stappenplan die het biedt. Die duidelijkheid komt de kenbaarheid en de zichtbaarheid van het strafrecht ten goede. Volgens Wemes echter, bestaat deze 'optelsom van limitatief gestelde voorwaarden voor strafbaarheid die in geval van vervulling onvermijdelijk 'aansprakelijkheid' opleveren' tegenwoordig niet meer. Aansprakelijkstelling zou volgens hem veeleer een toebedelingsvraagstuk zijn geworden, waarin achteraf rechtsgevolgen worden verbonden aan bepaalde handelingen.<sup>138</sup> Dit gesuggereerde alternatief voor het vierstappenplan dat ten dele ter sprake kwam in hoofdstuk 2 lijkt – zoals in hoofdstuk 2 vermeld – een 'aansprakelijkheidsleer' of 'toebedelingsbenadering' te zijn.

Het is de vraag in hoeverre in het materiële strafrecht daadwerkelijk sprake is van een beweging richting een aansprakelijkheidsleer waarin de ingang ligt bij de toebedeling en niet meer wordt gevonden in de gedraging. Waar in het vorige hoofdstuk is aangegeven dat het vierstappenmodel in een democratische rechtsstaat de voorkeur zou moeten krijgen boven de toebedeling, daar wordt in onderhavig hoofdstuk gezien of in het heersende materiële strafrecht desalniettemin aanleiding bestaat te constateren dat de gedraging wordt vervangen door een vorm van toebedeling. Daartoe zal naar aanleiding van Wemes' constatering in het onderstaande aan de orde zijn in welke mate men de term 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' door de jaren heen anders is gaan gebruiken. De aandacht

<sup>136</sup> P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-35, zie p. 21.

<sup>137</sup> Idem, zie p. 23.

<sup>138</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 72. A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 37 wijst op Trapman die het daarover al had in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging van 1924.

is gericht op een zelfstandig concept van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op een taalkundige subtiliteit tussen bijvoorbeeld verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid zal niet worden ingegaan.<sup>139</sup>

### *Opbouw paragraaf 3.3*

In het navolgende zal eerst een greep worden gedaan uit de verschillende wijzen waarop in het verleden het begrip aansprakelijkheid in het strafrecht is gehanteerd (paragraaf 3.3.1). Daarna zal worden onderzocht wat strafrechtelijke aansprakelijkheid als zelfstandig concept zou kunnen betekenen in het materiële strafrecht (paragraaf 3.3.2). In aansluiting daarop wordt gezien in hoeverre strafrechtelijke aansprakelijkheid als concept in het hedendaagse geldende strafrecht een afgebakende positie inneemt (paragraaf 3.3.3) en tot slot, in welke mate het aansprakelijkheidsconcept in de plaats komt van het traditionele vierstappenmodel (paragraaf 3.3.4).

#### **3.3.1 Aansprakelijkheid als begrip in het strafrecht is niet nieuw**

Er wordt wel gezegd dat de gedraging wordt losgelaten en het materiële strafrecht zich beweegt naar wat 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' wordt genoemd. Een dergelijke beweging veronderstelt dat voor het concept strafrechtelijke aansprakelijkheid oorspronkelijk geen plaats was en dat die ruimte pas later is ontstaan. De ontwikkeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid zou moeten lopen van een periode waarin het concept er niet was, naar een periode waarin het concept zou zijn aanvaard. Ter onderbouwing van die waargenomen beweging, beoogt Wemes dat pas halverwege de vorige eeuw in het strafrecht aan het begrip aansprakelijkheid nadrukkelijk een eigen betekenis is toegekend. Hij stelt: *"om het even welk klassiek strafrechtelijk hand- of leerboek je er op naslaat, nergens treft men als uitdrukking 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' aan"*.<sup>140</sup> Is het nu werkelijk zo dat in oudere literatuur over strafrechtelijke aansprakelijkheid niets werd vermeld? En als dat wel zo is, wat was dan de inhoud en verschilt die van de huidige?

Van het gebruik van 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' in oudere bronnen kan het volgende overzicht worden gegeven. Het proefschrift van Blaupot ten Cate bevat eind negentiende eeuw de zin: *"Immers de strafrechterlijke aansprakelijkheid hangt niet alleen hiervan af, dat iemands daad in causaal verband staat*

---

<sup>139</sup> Zie daarvoor bijvoorbeeld: J.I. de Haan, *Rechtskundige significa en hare toepassing op de begrippen: "aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekeningsvatbaar"*, (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: W. Versluys 1916, M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 7-9, W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 71 en W. Nieboer, 'Strafrechtelijke zorgplichten', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 255-270, zie p. 256-257.

<sup>140</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 68.

met het gevolg, maar er moet tevens nog het schuldverband bijkomen".<sup>141</sup> In het een aantal jaren eerder verschenen proefschrift van Kropveld uit 1889 wordt evenzeer geschreven over strafrechtelijke verantwoordelijkheid en strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>142</sup> Van oudsher was zelfs de in Nederland geldende Code Pénal al voorzien van opschriften waarin werd gesproken van *responsabilité*. Het toenmalige equivalent van de huidige titel over deelneming, luidde in de negentiende eeuw 'Van de wegens misdaden of wanbedrijven strafbare, verschoonbare of aansprakelijke personen' conform de originele Franse titel 'Des personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou pour délits'.<sup>143</sup> De aantekeningen vier tot en met acht bij de art. 319 en 320 bij Van Hamel en Noyon's commentaar op diezelfde Code Pénal hebben als tussenkop 'Aansprakelijkheid' en hebben betrekking op interessante jurisprudentie.<sup>144</sup> Een voorbeeld daarvan is Hoge Raad 13 februari 1844<sup>145</sup> waarin de kern volgens de schrijvers van de vierde aantekening uit het volgende bestaat. "*Onwillige manslag, veroorzaakt door eene daad, welke door den mandataris of loontrekkenden bediende op last van zinnen mandant of meester is verrigt, kan alleen aan dezen, niet aan genen worden toegerekend. Laatstgenoemde is niet verder dan voor afzonderlijke eigene nalatigheid aansprakelijk*".<sup>146</sup> Wederom is hier het gebruik van de strafrechtelijke term aansprakelijkheid zichtbaar en wordt in de context bovendien gebruik gemaakt van de begrippen toerekening en nalatigheid. Elders wordt uitvoerig gesproken over de aansprakelijkheid en de verantwoordelijkheid van de drukker die als hoofddader of als medeplichtige volledig aansprakelijk kan zijn of juist van alle aansprakelijkheid kan worden ontheven.<sup>147</sup> Van Rossem vraagt zich in het kader van art. 475 onder 12 Code Pénal in zijn proefschrift uit 1878 af wanneer in het algemeen iemand voor een feit strafrechtelijk 'verantwoordelijk' kan worden ge-

<sup>141</sup> H.W. Blaupot ten Cate, *Eenige opmerkingen over de delicta commissionis per omissionem*, (diss. Groningen), Groningen: Scholtens & zoon 1894, p. 10.

<sup>142</sup> D.C.J.H. Kropveld, *Bijdrage tot de leer van het strafbare laten*, (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Blikman & Sartorius 1889. Strafrechtelijke verantwoordelijkheid op p. 57, 61; strafrechtelijke aansprakelijkheid op p. 35-36, 91.

<sup>143</sup> G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 53. Het betreffende boek staat er vol mee. Overigens kennen strafrecht en privaatrecht tot op zekere hoogte natuurlijk dezelfde juridische achtergronden, zie bijvoorbeeld: M. Ahsmann, 'Van 'delictum' tot 'delict': De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 11-22, zie p. 20 en J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 9 en op p. 15-16 eigentijdse verschillen aanduidend. Dat 'aansprakelijkheid' ook in het strafrecht aan de orde komt hoeft daarom niet te bevreemden.

<sup>144</sup> G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 308-309.

<sup>145</sup> *Verzameling van Arresten* van Van den Honert, deel XII, nummer 717, p. 170; *Nederlandsche Regtspraak*, deel XVII, nummer 40, p. 171; *Weekblad van het Regt*, nummer 479.

<sup>146</sup> Aantekening 4, art. 319-320 Code Pénal, G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 308.

<sup>147</sup> G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 370-371.

steld waarbij hij het heeft over een *“rechtschennis, waarvoor wij dien persoon aansprakelijk kunnen stellen”*.<sup>148</sup> Van Deinse bedient zich in 1860 in zijn commentaar vrij uitgebreid van de termen aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid: *“terwijl bij het andere, de verantwoordelijk gestelde niet zoo zeer aansprakelijk is voor de daad eens derden, maar werkelijk voor zijn eigen doen, bijaldien hij geene genoegzame voorzorg heeft gedragen om de daad, waarvoor hij verantwoord was, te voorkomen”*.<sup>149</sup> Verder terug in de tijd wordt ook in 1781 in strafrechtelijke context door Gartman van het begrip gewag gemaakt: *“dat een aanlegger voor de gevolgen, die uit dusdaenig krakkeel ontstaan, aansprakelyk en gestraft behoort te worden”*.<sup>150</sup> Aansprakelijkheid werd zelfs eerder in 1764 gebruikt in een zinsnede over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voor haar ambtenaren *“dat de wet van Julius Caesar niet alleen de Overheden selfs, maer ook haere Diensers, en die van haer gevolg, begreep; nu voegen wy ‘er by, dat sy ook wilde, dat de Overheden voor haere Bedienden soude aanspreeklyk zyn te weten voor soo veel de boete, en niet voor soo veel de straf belangt”*.<sup>151</sup> Bij beraadslagingen in de Tweede Kamer in het kader van de totstandkoming van het huidige Wetboek van Strafrecht, werd de Minister geciteerd: *“als ik last geef iemand te mishandelen, dan ben ik ook aansprakelijk voor de gevolgen. Zeer juist, maar waarom? Omdat ook de dader daarvoor aansprakelijk is [...]”*<sup>152</sup> Ook in de wetsgeschiedenis van het bijzondere strafrecht heeft men zich eind negentiende eeuw niet onbetuigd gelaten. Vol van het nieuwe Wetboek van Strafrecht werd met enige regelmaat het systeem van daderschap, strafbaarheid en aansprakelijkheid nadrukkelijk benoemd in de parlementaire geschiedenis.<sup>153</sup> Ook in commune context komt de term aansprakelijkheid voor. Deelneming is volgens Simons in 1927 *“de leer, welke zich bezig houdt met de vaststelling der aansprakelijkheid dier verschillende personen”*.<sup>154</sup> Van Hamel, door Wemes in beginsel al aangemerkt als afwijkend van de vermeend gangbare praktijk, merkt op dat het materiële strafrecht antwoord geeft op de vraag *“wie strafrechtelijk aansprakelijk is, waarnaar en waarvoor hij het is, en waartoe die aansprakelijkheid leidt”* en voor de ‘leer der strafrechtelijke aansprakelijkheid’ is de mens *“iemand die verantwoordelijk wordt gesteld naar de voorschriften van een positief strafrecht, zóó dat hem een zekere straf in zekere mate wordt opgelegd ingeval hem een zeker onrechtmatig en strafbaar feit rechtens kan*

<sup>148</sup> W. van Rossem, *Hulpverzuim*, (diss. Leiden), Leiden: E.J. Brill 1878, p. 112.

<sup>149</sup> A.J. van Deinse, *De algemeene beginselen van strafrecht ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche Strafwetgeving*, Middelburg: J.C. & W. Altorffer 1860, p. 164.

<sup>150</sup> H. Gartman, *Regtsgeleerde verhandelingen, over lyfstraffelyke misdaden door een voornaam regtsgeleerde*, Amsterdam 1781, p. 152.

<sup>151</sup> J. Moorman en J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764, p. 122.

<sup>152</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 439.

<sup>153</sup> *Handelingen II*, 1888/89, p. 1110-1111.

<sup>154</sup> D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken*, Groningen: P. Noordhoff 1927, p. 284. Zie ook p. 171 e.v.

worden toegerekend, terwijl zekere, rechtens erkende, de strafoplegging opschortende of opheffende, bijkomende voorwaarden niet aanwezig zijn”.<sup>155</sup> De Haan staat in 1916 in zijn strafrechtelijke proefschrift getiteld ‘Rechtskundige significa en hare toepassing op de begrippen: aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekeningsvatbaar’, logischerwijs nadrukkelijk stil bij strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>156</sup> De Haan geeft – terecht – overigens aan dat het vrijwel nooit een wettelijke term is.<sup>157</sup> Cluysenaer heeft het over “wie voor dit feit aansprakelijk moet worden gesteld”<sup>158</sup> en Röling spreekt van de “aansprakelijkheid van dat nalaten”.<sup>159</sup> De Hoge Raad laat gebruik van de term evenmin achterwege.<sup>160</sup> In het Kaarsen-arrest stelt de Hoge Raad “dat hij, die door bemiddeling van een algemeen procuratiehouder kaarsen verkoopt, ‘verkoopt’ in den zin van vermelde prijzenbeschikking en, naar gelang der omstandigheden, daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk is ook indien hij geen persoonlijke daad of handeling met betrekking tot dien verkoopt heeft verricht”.<sup>161</sup> In handboeken uit de jaren vijftig van de twintigste eeuw zijn overwegingen te lezen als: “voor het geval, dat een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon [zal – BK] [...] de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor dit feit moeten worden gelegd op bestuurders of commissarissen”.<sup>162</sup> Ook bijvoorbeeld Vos hanteert het begrip. Hij heeft het over ‘strafrechtelijk aansprakelijke tussenpersonen en uitvoerders’.<sup>163</sup> Incidenteel is de terminologie meer gevarieerd toegepast. Naast dat Hazewinkel-Suringa de term regulier gebruikt,<sup>164</sup> spreekt zij van een strafwet die ‘bestuurders en commissarissen als aansprakelijk aanwijst’ en “dan mag het O.M. hen allen aansprakelijk stellen zonder nader onderzoek, of zij inderdaad aan het feit deel hebben gehad”.<sup>165</sup> Dat onder omstandigheden het Openbaar Ministerie iemand aansprakelijk zou kunnen stellen is een interessante

<sup>155</sup> G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht* (bijgewerkt door J.V. van Dijk), Haarlem: De erven F. Bohn / 's Gravenhage: Gebr. Belinfante 1927, p. 3-4. Wemes verwijst overigens naar de druk uit 1913 (L.T. Wemes, ‘Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid’, in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 68).

<sup>156</sup> J.I. de Haan, *Rechtskundige significa en hare toepassing op de begrippen: “aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekeningsvatbaar”*, (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: W. Versluys 1916, bijvoorbeeld p. 211.

<sup>157</sup> Idem, p. 212.

<sup>158</sup> J.L.H. Cluysenaer, *Daderschap*, (diss. Groningen), Groningen: Erven B. van der Kamp 1939, p. 29.

<sup>159</sup> B.V.A. Röling, ‘Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154, p. 134.

<sup>160</sup> Hoge Raad 23 juni 1902, *Weekblad van het Regt* 7801 (te lezen bij A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 30).

<sup>161</sup> Hoge Raad 31 januari 1950, NJ 1950, 286, m.nt. B.V.A. Röling.

<sup>162</sup> W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 227-228.

<sup>163</sup> H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink 1950, p. 196-197.

<sup>164</sup> D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1956, p. 51-54.

<sup>165</sup> Idem, p. 34.

invulling van de term.

Het voorgaande overziend, kan de daadwerkelijke betekenis tamelijk contextgebonden zijn doch over het algemeen lijkt de uitdrukking strafrechtelijke aansprakelijkheid de laatste eeuwen ongeveer dezelfde strekking te hebben behouden. In het merendeel van de gevallen wordt strafrechtelijke aansprakelijkheid als synoniem voor strafbaarheid gehanteerd en niet als bijzonder concept. Het gebruik van deze uitdrukking kan daarmee in ieder geval van alle tijden worden geacht en is dus, anders dan weleens wordt gedacht, niet iets van de laatste decennia. Voor het ontdekken van de hedendaagse betekenis van 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' zal naar werken van recenter datum moeten worden gekeken. Dat gebeurt hieronder.

### 3.3.2 Aansprakelijkheid als zelfstandig concept in het strafrecht

Gezien het voorgaande kan de constatering van Wemes, dat strafrechtelijke aansprakelijkheid iets van de laatste decennia zou zijn, geen standhouden. Wat Wemes daarnaast constateert, is de veranderende *inhoud* van het begrip strafrechtelijke aansprakelijkheid. Naast de hierboven besproken meer algemene betekenis, is de term 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' op een geheel eigen wijze gebruikt. Een dergelijke specifieke invulling van aansprakelijkheid is zichtbaar in de door Nieboer en Strijards voorgestane vernieuwende benadering van het strafrecht.<sup>166</sup> In de jaren tachtig van de twintigste eeuw hebben zij, op een onderling enigszins afwijkende manier, de aansprakelijkheid in het strafrecht een meer eigen betekenis gegeven.<sup>167</sup> In hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat in het 'aansprakelijkheidsconcept' of de 'toebedelingsbenadering' van Nieboer en Strijards het verschil met het vierstappenmodel gelegen is in het loslaten van de gedraging als ingang naar bestraffing. Gekozen is voor een algemeen theoretische zorgplichtschending ten gevolge waarvan een rechtsgoed is geschaad. Deze benadering wordt, kort gezegd, gekenmerkt door een verantwoordelijk stellen voor een situatie terwijl dat verantwoordelijkstellen op een gedraging *kan*, maar niet *hoeft* te berusten. Waar voor de per individu verschillende gedraging in het vierstappenplan één (rechts)persoon verantwoordelijk is, daar kunnen bij een rechtsgoedschending veel meer (rechts)personen worden aangesproken voor exact dezelfde feitenconstellatie. Daardoor is een ruime toepassing van het strafrecht mogelijk waarbinnen een dunnere band met de dader bestaat dan bij de gedraging als ingang naar bestraffing het geval is. Bovendien zou deze toebedelingsbenadering bij alle delicten door het hele strafrecht van toepassing zijn. Het is relevant dit laatste te constateren omdat de later te bespreken zorgplichtbepalingen aan de

---

<sup>166</sup> In verschillende publicaties tot uitdrukking komend waaronder: W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991 en G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

<sup>167</sup> Over voornoemde ontwikkeling ook L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 69.



ene kant enigszins lijken overeen te komen met de toebedelingsbenadering, maar aan de andere kant zich daarvan onderscheiden door een focus op een gering aantal ordeningsrechtelijke delicten.

*Impact van de toebedelingsbenadering: standplaatsgebondenheid?*

Verscheidene auteurs hebben begin jaren negentig gereageerd op de theorie van Nieboer en Strijards. Het maakte enige discussie los. In die tijdsgebonden context moeten dan ook veel reacties uit de betreffende periode op de theorie worden gelezen. Dat geldt evenzeer voor de waarnemingen van Wemes. Zijn constatering dat sprake is van een civiliseringstendens,<sup>168</sup> lijkt toch vooral te zijn beïnvloed door de tijdsgeest van begin jaren negentig. De vrees lijkt in die tijd te hebben bestaan dat traditionele uitgangspunten zouden worden verlaten. Veel auteurs zijn toen tegen de nieuw ontwikkelde theorie betrekkelijk fel opgekomen. En ook Mevis lijkt er in 2007 in zijn preadvies voor de Vereniging van Gezondheidsrecht nog betekenis aan toe te kennen.<sup>169</sup> De vraag is nu of werkelijk in het materiële strafrecht van tegenwoordig expliciet is overgestapt van de gedraging naar de toebedelings- of aansprakelijkheidsleer.

### 3.3.3 Positie van aansprakelijkheid in het hedendaagse materiële strafrecht

Teneinde te kunnen achterhalen hoe tegenwoordig tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aangekeken en in welke mate daarachter een wijziging van betekenis en inzicht schuilgaat, zal eerst aan de hand van een aantal voorbeelden worden gezien hoe de laatste jaren met de term ‘aansprakelijkheid’ in het strafrecht is omgegaan in de literatuur. Met de willekeurige voorbeelden is niet beoogd auteurs en hun ideeën te classificeren en standpunten toe te dichten. De voorbeelden betreffen slechts interpretaties van in een bepaalde context gebezigde terminologie. Daarna zal worden onderzocht in welke mate de Hoge Raad de laatste jaren in zijn uitspraken gebruik heeft gemaakt van ‘aansprakelijkheid’ als een ruimer concept voor strafbaarheid dan strafbaarheid op basis van een gedraging. Aansluitend zullen enkele voorbeelden worden gegeven van de wijze waarop aansprakelijkheid voorkomt in strafrechtelijke regelgeving. Vooral is van belang te achterhalen of, voor zover de term aansprakelijkheid al wordt gebruikt, daarmee bewust is gekozen voor een ander concept van strafbaarheid dat gepaard zou gaan met het loslaten van de gedraging als ingang naar strafrechtstoe-passing.

*Aansprakelijkheid in hedendaagse strafrechtelijke literatuur*

Over de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de medeplichtige schrijft Knigge “Zo

<sup>168</sup> L.T. Wemes, ‘Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid’, in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 76.

<sup>169</sup> P.A.M. Mevis, ‘Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie,’ in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie. Preadvies 2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 123-169.

ook is de medeplichtige niet, althans niet als dader, aansprakelijk voor het gepleegde misdrijf. Hij is aansprakelijk omdat hij de dader heeft bijgestaan".<sup>170</sup> Hoewel de aansprakelijkheidsgrondslag voor de medeplichtige afwijkend is van andere deelnemingsvormen, krijgt de term strafrechtelijke aansprakelijkheid in de context van medeplichtigheid in vergelijking met andere deelnemingsvormen, bij Knigge geen afwijkende betekenis. Volgens Wedzinga mag de strafrechtelijke aansprakelijkheid in tegenstelling tot het daderschap buiten de wet worden gevonden. De wet heeft namelijk betrekking op het daderschap en niet op de verwijtbaarheid. Doordat voor verwijtbaarheid in de ogen van Wedzinga geen wettelijke grondslag is vereist, zou het te maken verwijt via buiten de wet gelegen omstandigheden (zoals een geschonden rechtsplicht) kunnen worden ingekleed. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is dan volgens hem uiteindelijk een kwestie van redelijke toerekening en de wet niet meer dan een richtsnoer.<sup>171</sup> Wedzinga lijkt met aansprakelijkheid de 'verwijtbaarheid' te bedoelen en strafrechtelijke aansprakelijkheid en daderschap los van elkaar te zien. Soms wordt de term benadrukt in de context van de algemene deelnemingsregeling: de deelnemers zijn dan "*over en weer aansprakelijk voor elkaars gedragingen*".<sup>172</sup> Franken maakt onderscheid tussen het door de rechter vaststellen van aansprakelijkheid en van verwijtbaarheid.<sup>173</sup> Hij benoemt de twee termen naast elkaar waarbij opmerkelijk is dat hij onder de kop verwijtbaarheid *dolus* en *culpa* bespreekt.<sup>174</sup> Dat zou kunnen inhouden dat Franken in het betreffende artikel aansprakelijkheid ziet als synoniem van daderschap waarbij daderschap vermoedelijk wordt bereikt door het vervuld zijn van de delictsomschrijving (eventueel in combinatie met een wettelijke deelnemingsvorm), maar dat daarvan losstaat de subjectieve verwijtbaarheid waartoe hij opzet en culpa rekent. In het leerboek van Enschedé wordt met fysiek daderschap bedoeld "*dat degene die de handeling feitelijk en eigenhandig verrichtte of niet optrad, de – in beginsel – strafrechtelijk aansprakelijke dader is*".<sup>175</sup> Strafrechtelijke aansprakelijkheid lijkt in deze opvatting op het daderschap, en niet op de systematisch daarna aan de orde komende strafbaarheid, te zien. Het constateren van strafrechtelijke aansprakelijkheid gaat aldus met deze in-steek vooraf aan de vraag naar de rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden. Bij Kelk is iets vergelijkbaars te lezen. "*Vanzelfsprekend kan er van geen strafbaar feit sprake zijn zonder daderschap, d.w.z. zonder dat een strafbare dader*

<sup>170</sup> G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, zie p. 307.

<sup>171</sup> W. Wedzinga, 'Passieve medeplichtigheid', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 631-639, zie p. 638.

<sup>172</sup> K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Arnhem: Ars Aequi Libri 2006, p. 143.

<sup>173</sup> A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958, zie p. 956 en 958.

<sup>174</sup> Idem, zie p. 954.

<sup>175</sup> M. Bosch en E.Ph.R. Sutorius, *Ch.J. Enschedé. Beginselen van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 171.

kan worden aangewezen die aansprakelijk is voor het desbetreffende delict”.<sup>176</sup> Er kan pas een strafbaar feit zijn wanneer een persoon als aansprakelijke dader kan worden aangeduid. Hier lijkt Kelk te impliceren dat strafrechtelijke aansprakelijkheid samenhangt met het ouderschap en dat vragen naar de aanwezigheid van wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid daar buiten vallen. Kwakman meent dat aan de vraag naar strafrechtelijke aansprakelijkheid de vraag voorafgaat of de normadressaat het gevolg ook daadwerkelijk (mede) heeft veroorzaakt, indien niet alleen een bepaalde gedraging maar ook een bepaald verboden gevolg voorwaarde is voor strafbaarheid.<sup>177</sup> Hij lijkt daarbij de vraag naar strafrechtelijke aansprakelijkheid te vereenzelvigen met de vraag naar ouderschap, althans naar het vervuld zijn van alle wettelijke voorwaarden voor ouderschap. Loth kent strafrechtelijke aansprakelijkheid soms ook de betekenis van uiteindelijke veroordelende slotsom toe: “aansprakelijkheid is de gehoudenheid tot [...] in het strafrecht – (het ondergaan van) een straf of maatregel”.<sup>178</sup> Onderdeel van Loth’s opvatting lijkt te zijn dat een straf of maatregel onafwendbaar is. Dat aspect ontbreekt bij anderen. Volgens De Hullu gaat het ten aanzien van strafrechtelijke aansprakelijkheid om het fundament voor bestraffing door de overheid. Het is de bouwsteen voor bestraffing. Of die bestraffing zal volgen, is een andere vraag. De Hullu verstaat in zijn handboek onder strafrechtelijke aansprakelijkheid “het in beginsel in aanmerking komen voor een strafrechtelijke sanctie”.<sup>179</sup> Wat voor een sanctie dat precies wordt, blijft evenals de vraag of überhaupt wordt gesanctioneerd in het midden. De Hullu noemt strafbaarheid, verantwoordelijkheid en toerekenbaarheid als synoniemen.<sup>180</sup> Dezelfde betekenis wordt door Van Woensel aan aansprakelijkheid gegeven. De term duidt volgens haar “op het, voor de verdachte ongunstige, eindoordeel van de rechter dat aan alle bijzondere en algemene voorwaarden voor strafbaarheid is voldaan”.<sup>181</sup> Ook zij vat het begrip dus veeleer op als synoniem voor strafbaarheid. Dit lijkt de heersende leer te zijn. Iemand die strafbaar is, is nog niet veroordeeld. Bestrafing ligt dan in de verwachting, maar is geen zekerheid. Een ‘gehoudenheid tot het ondergaan van een straf of maatregel’ lijkt strafbaarheid daarom niet te zijn.

Gezien voorgaande toepassingen van de term aansprakelijkheid lijkt in de strafrechtelijke literatuur vooralsnog niemand overstag te zijn gegaan voor de benadering van Nieboer en Strijards (vergelijk paragraaf 3.3.2). De auteurs en hun waardevolle theorieën krijgen zeker gepaste aandacht in de literatuur maar worden inhoudelijk niet gevolgd. De term strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt zonder bijbedoeling gebruikt in het kader van – en merendeels als syno-

<sup>176</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 68.

<sup>177</sup> N.J.M. Kwakman, ‘De causaliteit in het strafrecht. Het vereiste van *conditio sine qua non* als enige bruikbare criterium’, *Nederlands Juristenblad* 2007-16, p. 992-999, zie p. 993.

<sup>178</sup> M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 8, 32.

<sup>179</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1.

<sup>180</sup> *Idem*.

<sup>181</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 6.

niem voor – strafbaarheid. Het ouderschap en de gedraging als basis daarvan blijven onverminderd overeind. Wat dit betreft lijkt de constatering van Wemes dat het begrip of het concept strafrechtelijke aansprakelijkheid in het materiële strafrecht een eigen betekenis heeft gekregen, beperkt te moeten blijven tot begin jaren negentig waarin relatief plotseling inderdaad heldere geluiden hoorbaar waren dat ‘het’ anders moest. Tegenwoordig lijken geluiden dat de gedraging moet worden losgelaten te zijn geluwd. Voor een volledig beeld zal ook de rechtspraak en regelgeving van de laatste jaren aan een kort onderzoek worden onderworpen.

### *Strafrechtelijke aansprakelijkheid als term in rechtspraak*

Naast de juridische literatuur wordt de term ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ tevens in rechtspraak gebruikt. Een voorbeeld van het gebruik van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de rechtspraak betreft een Haarlemse rechter die heeft overwogen dat onder meer het slechts hebben van een bepaald vaag contact “voor de rechtbank onvoldoende [is – BK] om verdachte voor de hele reeks van betalingen (indien en voor zover bewezen dat deze in het kader van afpersing zijn verricht) strafrechtelijk aansprakelijk te stellen”<sup>182</sup> waarbij de rechtbank kennelijk veronderstelt dat aansprakelijkstelling plaatsvindt door de rechter. Bij het Hof Amsterdam is de volgende overweging te lezen: “Gelet op de handelwijze van de verdachte en de Vennootschappen beschouwt het hof de verdachte en de Vennootschappen op gelijke voet strafrechtelijk aansprakelijk, zo het daarvan komt. Over de vraag of verdachtes handelen strafbaar is komt het hof meer uitgebreid te spreken”.<sup>183</sup> Ook hier wordt dus weer de term strafrechtelijke aansprakelijkheid gehanteerd zonder dat men daarmee een bijzonder concept op het oog had. Wat dat betreft, is er geen verschil met een eeuw geleden. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is tegenwoordig nog steeds een synoniem voor strafbaarheid. De Hoge Raad zelf lijkt, als enige ware mede rechtsvormer naast de wetgever, in vergelijking met lagere rechters minder scheutig met het gebruik van de term te zijn.<sup>184</sup> De zoekopdracht op de exacte woordcombinatie ‘strafrechtelijk aansprakelijk’ kwam in door de Hoge Raad gewezen en op de website rechtspraak.nl gepubliceerde strafzaken tussen 1 januari 2000 en 1 januari 2008 26 keer voor in de 2719 uitspraken van de Hoge Raad die in die periode werden gepubliceerd. Daarvan achttien keer in de conclusie van de Procureur-Generaal, en twee keer tevens in de uitspraak van de Hoge Raad. Deze treffers kunnen echter niet worden meegeteld omdat de Hoge Raad een weergave gaf van wat in een Staatsblad aan toelichtende tekst – inclusief ‘aansprakelijk’ – op de aan de orde zijnde regeling was gegeven.<sup>185</sup> In de overige hits stond ‘strafrechtelijk aansprakelijk’ in een citaat opgenomen in de hoofdtekst of conclusie. De zoekopdracht op de letterlijke woord-

---

<sup>182</sup> Rechtbank Haarlem 21 december 2007, LJN BC0697.

<sup>183</sup> Hof Amsterdam, 14 maart 2006, LJN AV4924.

<sup>184</sup> Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat de absolute aantallen uitspraken van geheel andere orde zijn.

<sup>185</sup> Hoge Raad 10 januari 2006, LJN AU6282 en LJN AU7106.

combinatie ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ kwam in door de Hoge Raad gegeven en op de website rechtspraak.nl gepubliceerde strafzaken tussen 1 januari 2000 en 1 januari 2008 45 keer voor. Daarvan 23 keer in de conclusie van de Procureur-Generaal zonder dat de Hoge Raad van de term gewag maakte en twee keer in de uitspraak van de Hoge Raad zonder dat de Procureur-Generaal het erover had. In negentien uitspraken stond ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ slechts in een door de Hoge Raad of de Procureur-Generaal aangehaald citaat. Het aantal hits van beide varianten (‘strafrechtelijk aansprakelijk’ en ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ gezamenlijk) in hetzelfde arrest was zes. De absolute aantallen zijn op basis van het bovenstaande als volgt. De Hoge Raad had het zelf in twee uitspraken over strafrechtelijk(e) aansprakelijk(heid) en in vijfendertig zaken nam de Procureur-Generaal de betreffende term voor zijn rekening. In totaal levert dat over een periode van acht jaren zesendertig<sup>186</sup> relevante unieke uitspraken op.

Met de nodige voorbehouden volgt hieruit dat de Hoge Raad aanzienlijk terughoudender lijkt te zijn met het spreken over strafrechtelijke aansprakelijkheid dan andere rechterlijke colleges en de literatuur. Over een eventuele voorkeur van de Hoge Raad zeggen de cijfers niet veel. Bij het voorgaande kan vanzelfsprekend een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Om te beginnen ging het soms bijvoorbeeld om vrijwel dezelfde conclusie en uitspraak in dezelfde casus maar ten aanzien van een andere verdachte zodat de Procureur-Generaal meermaals aansprakelijkheid gebruikt en de Hoge Raad twee keer niet. Ook is het zo dat de Procureur-Generaal de hele zaak kan bespreken inclusief leerstukken en vakliteratuur terwijl de Hoge Raad daartoe niet bijzonder geneigd lijkt te zijn.

Al met al is het voorgaande dan ook geen hard statistisch materiaal, maar het is minst genomen illustratief. In de twee treffers, te weten, Hoge Raad 20 februari 2007, LJN AY9659 (HIV-arrest) en Hoge Raad 21 oktober 2003, LJN AF7938 (Zijpe-arrest), had de Hoge Raad bij de gehanteerde ‘aansprakelijkheids’ terminologie geen bijzondere betekenis in gedachten die zou kunnen aansluiten bij strafrechtelijke aansprakelijkheid als toebedelingsconcept. Uit het gebruik door de Hoge Raad zou voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de voorkeur wordt gegeven aan strafbaarheid of andere begrippen en dat de term aansprakelijkheid liever niet wordt gebruikt. In het Zijpe-arrest gebruikt de Hoge Raad ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ relatief terloops tussen haakjes ter aanduiding van functioneel ouderschap. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de IJzerdraad-criteria dat die “[...] *zijn ontwikkeld met het oog op het functionele ouderschap van een natuurlijk persoon (dus met het oog op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere persoon)*[...]”<sup>187</sup> En in het HIV-arrest wordt overwogen: “*Gelet op de terughoudendheid die [...] mede in verband met volksgezondheidsbelangen ten aanzien van de bijzondere situatie van het gevaar van HIV-besmetting dient te worden betracht bij het aanvaarden van straf-*

<sup>186</sup> In één arrest gebruikten dus zowel de Hoge Raad als de Procureur-Generaal de term.

<sup>187</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328.

*rechtelijke aansprakelijkheid voor gevaarzettende gedragingen als de onderhavige [...]”*.<sup>188</sup> Een bepaald systeem valt in dit terminologie-gebruik niet te ontdekken. Reden te meer te veronderstellen dat voor zover ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ tegenwoordig al wordt gehanteerd, daar geen bijzondere betekenis of bedoeling achter schuilgaat.

#### *Strafrechtelijke aansprakelijkheid als term in regelgeving*

Ook in de strafrechtelijke regelgeving zijn de term ‘aansprakelijkheid’ en verbaseringen daarvan wel terug te vinden. Merendeels gaat het om strafrechtelijke bepalingen waarin wordt aangeknoopt bij het privaatrecht. Een voorbeeld daarvan vormen art. 36f lid 2 Sr en de art. 528 en 530 Sv. Voor zover wordt gezien of daadwerkelijk sprake is van ‘*strafrechtelijke aansprakelijkheid*’ en varianten daarop, zal tevergeefs in strafwetgeving worden gezocht. In beleidsregels komt incidenteel de term wel nadrukkelijk voor. In bijvoorbeeld de ‘Richtlijn voor strafvordering Wet vervoer gevaarlijke stoffen ten aanzien van vervoer over de weg’ staat opgenomen: “*uit het oogpunt van de ketenaansprakelijkheid kunnen meerdere betrokkenen (tegelijktijd) via de WVGS strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor hun betrokkenheid bij het onwettig uitvoeren van de handelingen zoals beschreven in artikel 2 lid 1 WVGS*”.<sup>189</sup> Een ander voorbeeld betreft de ‘Richtlijn voor strafvordering strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de aanvoer van niet of onjuist gedocumenteerde vreemdelingen’ ten aanzien van art. 4 en 108 Vreemdelingenwet.<sup>190</sup>

#### *Kortom*

Aldus wijst de ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’-terminologie in literatuur, rechtspraak en wetgeving niet op een omslag in de richting van een bijzonder concept van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wellicht moet elders worden gekeken. Valt misschien de beweging, waarin het vierstappenmodel met gedraging als ingang naar strafbaarheid zou worden losgelaten en voor een ‘aansprakelijkheidsleer’ wordt gekozen, wél waar te nemen in een meer *inhoudelijke* ontwikkeling, los van terminologie? Door Wemes is immers niet alleen gewezen op een terminologische omslag maar ook op een meer aan rechtsvorming gerelateerde verandering.

### **3.3.4 Hedendaagse inhoudelijke verschuiving strafbaarheid?**

Mogelijk zijn, ondanks de afwezigheid van een daadwerkelijk terminologische omslag en ondanks de afwezigheid van enige indicatie dat het roer drastisch zou zijn omgegooid, toch aanwijzingen te vinden dat – wellicht ongemerkt – de gedraging is losgelaten en onbewust alle strafrechtelijke betrokkenen het strafrecht vanuit een toebedelingsvraagstuk zijn gaan benaderen. Kort gezegd: is de ingang

---

<sup>188</sup> Hoge Raad 20 februari 2007, LJN AY9659 (HIV-arrest).

<sup>189</sup> Stcrt. 2007, 233.

<sup>190</sup> Stcrt. 2005, 238 en 244.

naar strafrechtstoepassing inhoudelijk gewijzigd? Het zou kunnen. Op verschillende terreinen wordt de gedraging volgens sommigen namelijk steeds ruimer uitgelegd.<sup>191</sup>

#### *Invloed vernieuwende theorieën?*

Volgens Van Woensel in haar opvatting uit het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw was de dader hij die als de eerst aansprakelijke persoon dient te worden aangewezen.<sup>192</sup> Daderschap was volgens Van Veen in 1993 “*de verantwoordelijkheid voor wat er is gebeurd*”.<sup>193</sup> Het was volgens hem een “*maatschappelijke realiteit – of toerekening – los van elke strafbaarstelling*”.<sup>194</sup> De constateringen van Van Woensel en Van Veen lijken beide duidelijk afkomstig uit een tijd waarin het materiële strafrecht stevig werd opgeschud door de publicaties van Nieboer en Strijards eind jaren tachtig, begin jaren negentig. De manier waarop zij hun theorie verkondigden als de nieuwe waarheid en als zodanig ook in het academisch onderwijs lijken te hebben gehanteerd, ontlokte misschien ook wel enigszins terecht de heftige reacties begin jaren negentig waarin de oude uitgangspunten van het strafrecht wat zwaar werden aangezet en mogelijk teveel werd vastgehouden aan een niet bestaand beeld van de gedraging dat geen recht deed aan de flexibiliteit van de gedraging. Twee decennia later is de storm gaan liggen en kan een balans worden opgemaakt. De vrees van sommige auteurs dat principes overboord zouden worden gezet waaraan lichtelijk verkrampt werd vastgehouden om tegenwicht te bieden aan de vernieuwende aansprakelijkheids-theorie van Nieboer en Strijards, lijkt ongegrond te zijn geweest voor wat betreft wijzigingen in de ingang naar strafrecht.

#### *Strafrecht breidt uit maar niet door loslaten van gedraging*

Voor zover de toepassing van het materiële strafrecht verruimd lijkt te zijn, bestaat de indruk dat de oorzaak daarvan veeleer moet worden gezocht op handhavingsniveau bij de trefwoorden schaalvergroting, capaciteitsverruiming en beleidsprioritering, dan dat daarop de theorieën van Nieboer en Strijards van invloed zijn geweest. Tegenwoordig bestaat een Functioneel Parket en een cyber-crime-afdeling. Daardoor kunnen in de huidige tijd veroordelingen volgen voor zelfs *virtuele* gedragingen.<sup>195</sup> De hedendaagse strafrechtspleging biedt een voort-

<sup>191</sup> H.J.B. Sackers, ‘De erosie van de geschreven gedraging’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141.

<sup>192</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 4.

<sup>193</sup> Th.W. van Veen, ‘De dader werd onhandelbaar. Wat is een strafbaar feit?’ *RM Themis* 1992-8, p. 356-364, zie p. 363.

<sup>194</sup> Idem.

<sup>195</sup> M. Viersma en B.J.V. Keupink, ‘Virtuele criminaliteit: all in the game’, in: A.R. Lodder (red.), *Recht in een virtuele wereld: Juridische aspecten van Massive Multiplayer Online Role Playing Games (MMORPG)*, Den Haag: Elsevier juridisch 2006, p. 41-60, B.J.V. Keupink, ‘Virtual criminal law in boundless new environments’, *International Journal of Technology Transfer and Commer-*

durend professioneler wordende setting waarin steeds creatiever en onafhankelijker over strafrechtstoepassing kan worden nagedacht. Daarbij zouden de doctrinaire ontwikkelingen van begin jaren negentig zeker een rol kunnen hebben gespeeld. De theorieën van Nieboer en Strijards zullen toch ergens wel als *eye-openers* hebben gefungeerd. In dat licht is begrijpelijk dat bij de deelnemingsvorm ‘medeplegen’ is geprobeerd de vereiste ‘bewuste en nauwe samenwerking’ in te vullen met een distantiegebrek.<sup>196</sup> Ook bij die modaliteit heeft de Hoge Raad benadrukt dat dan nog wel enige vorm van een gedraging vereist blijft als ingang naar bestraffing.<sup>197</sup> De gedraging is niet losgelaten en is niet vervangen door een rechtsgoed- of zorgplichtschending. De eerste gerechtelijke uitspraak waarin staat dat is bewezenverklaard dat verdachte X zijn theoretische zorgplicht heeft geschonden, moet nog worden gedaan. Van belang is voorts dat de gedraging van oudsher al ruim is en men in de negentiende eeuw ook niet vies was van strafrechtelijke aansprakelijkheidsconstructies waarin niet een directe connectie met een *spierfysieke handeling* bestond. Veeleer vloeit de indruk dat het materiële strafrecht wordt verruimd, zoals gezegd, voort uit creatievere opsporing en vervolging waardoor zich zaken aandienen voor de rechter die traditioneel wellicht minder voor de hand liggend zijn, maar wel op democratisch rechtsstatelijk acceptabele wijze binnen het bereik van het materiële strafrecht blijven. Dat de gezinsvoogd in de Savanna-zaak<sup>198</sup> werd vervolgd, de rechtspersoon bij de dodelijk verlopen Kruidvat vlotexcursie<sup>199</sup> werd veroordeeld en het strafrecht werd toegepast ten aanzien van het in een digitale omgeving virtueel wegnemen van niet fysiek bestaande goederen<sup>200</sup>, is geen uitvloeisel van een als alternatief voorgestelde toebedelingsbenadering, civiliseringstendens of een ander aansprakelijkheidsconcept.

### *Ruimte voor de rechter?*

De hele ontwikkeling heeft uiteindelijk misschien wel in de hand gewerkt dat de strafrechter steeds meer invloed heeft op de strafrechtelijke rechtsvorming.<sup>201</sup>

---

*cialisation*, 2007-2/3/4, p. 160-170 en Rechtbank Leeuwarden 21 oktober 2008, LJN BG0939, IEPT20081021, m.nt. M. Viersma, gevolgd door Gerechtshof Leeuwarden 10 november 2009, LJN BK2773.

<sup>196</sup> B.J.V. Keupink, ‘Enkele opmerkingen over niet-distantiëren bij medeplegen. Een verkenning van een jurisprudentiële ontwikkeling’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 85-106.

<sup>197</sup> Hoge Raad 18 maart 2008, LJN BC6157 en NJ 2008, 209 (Rijswijkse stoeptegelmoord). Zie over de feitelijke zaken van die zaak tevens S.A.M. Stolwijk, *Onschuld, vrijspraak en de praesumptio innocentiae*, Afscheidsrede Universiteit van Amsterdam 12 januari 2007.

<sup>198</sup> Rechtbank Den Haag, 16 november 2007, LJN BB8016.

<sup>199</sup> Rechtbank Zutphen, 10 oktober 2008, LJN BF7537 en BF7579, Gerechtshof Arnhem 20 juli 2009, LJN BJ3112 en BJ3107.

<sup>200</sup> Rechtbank Leeuwarden 21 oktober 2008, LJN BG0939, IEPT20081021, m.nt. M. Viersma, gevolgd door Gerechtshof Leeuwarden 10 november 2009, LJN BK2773.

<sup>201</sup> P.A.M. Mevis, ‘Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie’, in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie. Preadvies 2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 123-169.



Daarmee gaat dan mogelijk de casuïstische tendens samen die in de literatuur wel wordt gesignaleerd.<sup>202</sup> Die tendens houdt in dat de rechter meer ruimte krijgt het strafrecht in het concrete geval naar zijn hand te zetten doordat de wetgever middels vage abstracte criteria (redelijke toerekening) de rechter die mogelijkheid biedt. Evenals bij het gebruik van de term aansprakelijkheid, hoeft dit echter ook bepaald niet nieuw te zijn. De rechtspraak heeft van oudsher al de neiging casuïstisch te zijn, alleen waren mogelijk de criteria oorspronkelijk wat nieuwer en daardoor enigszins scherper. Wat daar verder ook van zij, ook op dit onderdeel kan zeer worden betwijfeld of van een daadwerkelijke ommezwaai sprake is waarin de gedraging zou zijn losgelaten en vervangen door een zorgplichtschending. Weliswaar wordt in het concrete geval meer aan de rechter overgelaten zodat de rechter rechtsvormender bezig móet zijn, maar dat houdt niet vanzelfsprekend in dat het vierstappenmodel is verlaten. Hooguit is misschien de rol van de rechter in de rechtsvorming vergroot. De eigen concrete invulling door de rechter is daardoor bepalender geworden. Die invulling blijft evenwel binnen de reeds getrokken grenzen van het vierstappenmodel. In de rechtspraak blijft het gaan om daderschap en niet om een rechtsgoedschending. Op een enkele vergissing na, wordt altijd de gedraging als vertrekpunt gekozen. Dat die gedraging tegenwoordig in de ogen van sommigen ruimer wordt gehanteerd, is een ander verhaal en zegt vooral iets over hoe strikt de betreffende personen de gedraging in de basis opvatten. Het feit in herinnering roepend dat de gedraging veel meer is dan een gewilde spierfysieke handeling, kan worden gesteld dat de ruime mogelijkheden die de gedraging van oudsher al biedt, tegenwoordig juist ten volle worden benut. Daaraan ligt geen verschuiving van de ingang naar strafbaarheid ten grondslag. Daartoe bestaat ook geen aanleiding. Hadden de ontwerpers van het Wetboek die kozen voor de gedraging en daarmee de basis creëerden voor het vierstappenmodel zich geconfronteerd gezien met hedendaagse technologie, opsporingscapaciteiten en moderne verantwoordelijkheids allocatie (denk aan verplichte verzekeringen, sociale wetgeving), dan hadden zij stellig gemeend dat de strafrechtelijke gedraging voldoende flexibel was om te blijven worden gehanteerd in een verander(en)de samenleving. Dat is in zekere zin ook wat Van Woen- sel zegt waar zij opmerkt dat Strijards bij het bekritisieren van de traditionele ingang naar strafbaarheid onterecht is uitgegaan van een spierfysieke handeling. Met die classificatie wordt (het bereik van) de gedraging immers tekort gedaan. Het is onjuist te veronderstellen dat de strafrechtsvormers ruim een eeuw geleden slechts konden denken in termen van spierfysieke handelingen. Aldus zou ik willen volhouden dat er geen omslag is geweest naar een bepaalde andere manier van denken waarin de gedraging als ingang naar bestraffing is losgelaten. Het vierstappenplan is nog steeds geldend en wordt tot het uiterste benut. De vraag is in hoeverre dat eventueel anders is ten aanzien van wettelijke strafrechtelijke

---

<sup>202</sup> A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958 en K. Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2007-5, p. 465-495.

zorgplichtbepalingen.

### *Connectie met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*

De indruk zou kunnen bestaan dat het hedendaagse gebruik van zorgplichtbepalingen is ontstaan door de theorieën van Nieboer en Strijards althans door een verondersteld veranderd denken over strafbaarheid. De vraag die aan het begin van dit hoofdstuk en deze paragraaf (3.3) daarom werd opgeworpen, was of de betreffende vernieuwende ingang naar strafbaarheid van invloed is geweest op het opgekomen gebruik van zorgplichtbepalingen. Dat zou op zich geen onlogische gedachte zijn omdat Nieboer en Strijards veelvuldig spreken van ‘de zorgplichtschending’ als alternatief voor de gedraging. De in dit onderzoek bestudeerde wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen lijken echter niet te zijn opgekomen naar aanleiding van een vermeend veranderde kijk op het strafrecht. Naast dat de zorgplichtschending van Nieboer en Strijards voor het gehele strafrecht zou gelden terwijl de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen die in onderhavig onderzoek worden bestudeerd tot een heel klein strafrechtelijk deelgebied behoren, en naast dat de zorgplichtschending van Nieboer en Strijards geen geldend onderdeel is geworden van het heersende strafrecht, is voor de stelling dat de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen niet zijn ontworpen naar aanleiding van de alternatieve toebedelingsbenadering, het meest overtuigend het feit dat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in onveranderde vorm reeds bestonden in de negentiende eeuw. De ontwikkeling van de bedoelde zorgplichtbepalingen zal in hoofdstuk 5 worden besproken. Waar het op dit punt om gaat, is dat de *wederopstanding* van zorgplichtbepalingen in de jaren tachtig misschien wel beïnvloed zou kunnen zijn door de visie van Nieboer en Strijards, maar dat de inhoud en werking van die bepalingen door hun visie niet is geraakt. In een strafrechtelijke context zou in een democratische rechtsstaat ook voor zorgplichtbepalingen vereist zijn dat sprake is van een gedraging die valt binnen een delictsomschrijving, wederrechtelijk en verwijtbaar is. Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen worden niet ingevuld door een onbepaald soort theoretisch en overkoepelend ‘onrecht veroorzakend verzuim’. Waar wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen dan wel door worden ingevuld en in welke mate die invulling kan standhouden in een democratische rechtsstaat, zal gaandeweg dit onderzoek duidelijk moeten worden.

### **3.4 Opmaat naar volgende hoofdstukken**

In paragraaf 3.3 kwam naar voren dat het gebruik van de uitdrukking ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ veelvuldig is en niet iets van de laatste decennia. De manier waarop het begrip wordt toegepast varieert afhankelijk van de context waarin het wordt aangedragen. In bepaalde theoretische gevallen is aan een concept van strafrechtelijke aansprakelijkheid zelfs een compleet eigen betekenis voorbehouden. In de rechtspraak is de term strafrechtelijke aansprakelijkheid geen alledaags verschijnsel. Hoewel het begrip strafrechtelijke aansprakelijkheid reeds in het strafrecht van de achttiende eeuw werd gebruikt, zal aan de term de

betekenis moeten worden toegekend die daaraan in het hedendaagse geldende strafrecht wordt gegeven. Die betekenis lijkt voorsnog gewoon 'strafbaarheid' te zijn. Ondanks dat theorieën zijn geënteld waarin aan strafrechtelijke aansprakelijkheid als concept een andere inhoud is gegeven, zijn die benaderingen niet expliciet gevolgd. Eén van de vragen in onderhavig hoofdstuk is of de betreffende benaderingen toch op enigerlei wijze hun sporen hebben achtergelaten op de eerste twee voorwaarden voor strafbaarheid.

Op de eerste twee voorwaarden voor strafbaarheid ligt in dit onderzoek de nadruk. Mogelijke veranderingen binnen de strafrechtelijke aansprakelijkheid lijken zich namelijk vooral voor te doen op het gebied van de gedraging en op het gebied van (de redactie en toepassing van) strafbepalingen.<sup>203</sup> Gedragingen lijken op onderdelen volgens sommige auteurs sterk verminderd noodzakelijk te zijn om in eerste instantie primair het daderschap en uiteindelijk de strafbaarheid als slotsom te verantwoorden. Dat zou kunnen inhouden dat het traditionele vierstappenplan steeds meer terrein heeft prijsgeven aan de 'aansprakelijkheidsleer' of 'toebedelingsbenadering'. De door Sackers gesignaleerde, toegenomen voorkeur van de wetgever voor het werken met zorgplichtbepalingen past mogelijk in die ontwikkeling.<sup>204</sup> Het is echter voorsnog eerst de vraag in hoeverre bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen voor het daderschap een gedraging dient te worden aangeduid. Daarbij is bovendien onduidelijk in hoeverre dan van een bewuste stap richting de toebedelingsbenadering sprake zou zijn. De toename van het gebruik van zorgplichtbepalingen de laatste decennia lijkt namelijk los te staan van enig onderbouwd idee bij de wetgever omtrent de materieelrechtelijke werking van zorgplichtbepalingen. Zijdens de wetgever wordt vooral betoogd dat zorgplichtbepalingen gebruiksvriendelijk zijn, maar blijkt niet van besef omtrent de werking van het gedragsbestanddeel zorgen en de gevolgen daarvan voor het daderschap. De nadruk ligt voor de wetgever op de instrumentele kant van zorgplichtbepalingen zodat over de materieelrechtelijke werking van (corporatief) daderschap bij zorgplichtbepalingen helemaal niets wordt overwogen.

In hoeverre voornoemde indrukken worden bevestigd, is aan de orde in hoofd-

<sup>203</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 71-75, H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 134-140, P.A.M. Mevis, 'Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie', in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie. Preadvies 2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 123-169, A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958.

<sup>204</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële*

stuk 5. Eerst zal in hoofdstuk 4 worden duidelijk gemaakt wat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen precies zijn door te kijken naar gelijkenissen en verschillen met andere strafrechtelijke modaliteiten die op het eerste oog verwantschap vertonen met zorgplichtbepalingen, althans daarmee verbonden zouden kunnen zijn wegens het gebruik van de termen 'zorgplichten' en 'rechtsplichten'. Die bespiegelingen over zorgplichtbepalingen zijn van belang voor de afbakening ten opzichte van andere strafrechtelijke componenten en is ook aangewezen omdat tot nog toe vooral woorden moesten worden gewijd aan de kaders van de democratische rechtsstaat en de positionering in het materiële strafrecht, maar nog bepaald weinig aandacht kon bestaan voor het eigenlijke onderwerp van dit onderzoek: (corporatief) daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Daarin wordt in het navolgende verandering gebracht. In het bijzonder zal in de navolgende hoofdstukken worden ingegaan op het werkwoord 'zorgen' als gedragsbestanddeel bij zorgplichtbepalingen en op het daderschap (van rechtspersonen). In hoeverre ten aanzien van rechtspersonen en zorgplichtbepalingen de ingang naar bestraffing (zijnde de gedraging) inderdaad afwijkt van de hierboven omschreven wijze is de vraag. Zorgplichtbepalingen en rechtspersonen zijn namelijk onderwerpen die bij uitstek minder eenvoudig in de traditionele vierstappenstructuur van strafbaarheid op basis van een gedraging te passen zijn omdat de dragende benadering van de gedraging bij zorgplichtbepalingen voor moeilijkheden gaat zorgen.

## HOOFDSTUK 4

### INVENTARISATIE: WELKE ZORGPLICHTEN?

#### 4.1 Inleiding: aanduiding en aanloop

In de voorafgegane hoofdstukken kon aan zorgplichtbepalingen nog niet al te veel aandacht worden besteed. Eerst was het nodig duidelijk te maken binnen welke kaders de zorgplichtbepalingen moeten worden gepositioneerd. In hoofdstuk 2 en 3 is daarom eerst gesproken over de rechtsstaat en over bewegingen in het materiële strafrecht. Een kernthema in beide hoofdstukken is de gedraging. De gedraging is gekoppeld aan het ouderschap. In het vervolg van dit onderzoek zal worden gezien welke rol voor zorgplichtbepalingen is weggelegd in de verhouding tussen ouderschap en gedraging. De vraag is in hoeverre de uitkomst daarvan kan worden ingepast in het geldende materiële strafrecht en hoe acceptabel dat vanuit rechtsstatelijk perspectief is.

Voordat in latere hoofdstukken kan worden ingegaan op de nodige bijzonderheden zal eerst duidelijk moeten worden gemaakt wat wordt verstaan onder zorgplichtbepalingen. In dit vierde hoofdstuk wordt daarom uiteengezet welke categorie strafbepalingen wordt bedoeld wanneer wordt gesproken over wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Vervolgens zal worden bekeken hoe wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zich verhouden tot andere strafrechtelijke delictsoorten die op het eerste oog nauw verwant lijken aan zorgplichtbepalingen. Door langs deze lijnen de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin te positioneren, kan dit hoofdstuk tegelijkertijd de afsluiting van het meer algemene deel (de hoofdstukken 1 tot en met 4) vormen.

De grondslag van het bespreken van aanverwante modaliteiten is niet alleen gelegen in de positionering en afbakening van zorgplichtbepalingen binnen dit onderzoek. Doordat in het strafrecht een ontwikkeling waarneembaar is waarin de stempels 'zorgplichten' en 'rechtsplichten' in toenemende mate worden gehanteerd, dreigt enige wanorde te ontstaan. Het is aangewezen om hieronder eerst bij de betreffende semantische kluwen kort stil te staan. Daarmee wordt – naast het creëren van een zekere afbakening door de bespreking van de raakvlakken tussen zorgplichtbepalingen en aanverwante thema's – ook beoogd voor iets meer overzicht te zorgen.

#### 4.2 Uiteenlopende aanduidingen van zorgplichten en rechtsplichten

Het gebruik van zorgplichten in het strafrecht neemt toe.<sup>1</sup> Met die toename neemt

---

<sup>1</sup> G.A. Biezeveld, 'Zorgplichten in milieuwetgeving', *RegelMaat* 2008-4, p. 122-130, H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 127-

onvermijdelijk ook de variatie in de betekenis toe die aan zorgplichten, en ook aan rechtsplichten, wordt gegeven. Van de uiteenlopende strafrechtelijke definities en betekenissen van plichten kunnen onder meer de volgende voorbeelden worden gegeven.

Wemes trekt, in de context van Nieboer's in hoofdstuk 2 en 3 al besproken benadering van het strafrecht en bijbehorende zorgplichttheorie, een parallel met de privaatrechtelijke onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het zou ook bij zorgplichten gaan om onzorgvuldigheden in "*strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*".<sup>2</sup> Dit is een meer algemene betekenis van zorgplichten. De zorgplicht is in dit verband te zien als theoretische vervanger van de gedraging als basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een ander gebruik van de term zorgplicht is zichtbaar bij Franken.<sup>3</sup> Hij ziet in het licht van passieve medeplichtigheid een zorgplicht, waar de Hoge Raad zich terzake overigens juist nadrukkelijk bedient van de term 'rechtsplicht'. Deze plicht kan worden gebaseerd op wet, overeenkomst of omstandigheden van het geval. Dit door Franken aangehaalde type rechtsplicht zal volgens Wolswijk moeten worden voorafgegaan door het adjectief 'bijzonder'. Als zodanig komt deze betekenis ook terug bij oneigenlijke commissiedelicten.<sup>4</sup> Simmelink leest ten aanzien van de 'onbekend gebleven bestuurders' uit de Wegenverkeerswet 1994 (betreffende de verplichting van art. 165 WVV 1994 en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van art. 181 WVV 1994) een gedraging in die hij aanduidt als 'zorgplichtschending'.<sup>5</sup> Door sommigen is aangegeven dat zorgplichten op uiteenlopende plaatsen kunnen opduiken. De Vries-Leemans ziet bijvoorbeeld een rol met eigen betekenis voor de zorgplicht bij culpa, daarnaast in een garantstelling van sommige geadresseerden en tevens in het kader van strafuitsluitingsgronden.<sup>6</sup> Op die manier lijkt achter alles een zorgplicht schuil te gaan. Weer een ander voorbeeld biedt Kelk. Deze auteur geeft in het kader van de functionele interpretatie aan: "*er is steeds de plicht om te zorgen, dat in het bedrijf niet in strijd met de wet wordt gehandeld. De vraag rijst dan natuurlijk wél, hoe ver deze zorgplicht reikt en op wie deze rust*".<sup>7</sup> Dat komt in de buurt van de meer algemene benadering van 'plichten' in het strafrecht. Kelk geeft vervolgens mee dat deze zorgplicht kan berusten op

---

128.

<sup>2</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78, zie p. 76.

<sup>3</sup> A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958, zie p. 952.

<sup>4</sup> H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 558-565.

<sup>5</sup> J.B.H.M. Simmelink, 'Kentekenaansprakelijkheid: risico's of vermoeden van schuld?', *Verkeers-Recht*, 2007-3, p. 65-69, zie p. 68.

<sup>6</sup> M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Enkele aspecten van ouderschap', in: A.C. 't Hart, W. Nieboer, G.A.M. Strijards en M.J.H.J. de Vries-Leemans (red.), *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aan-geboden aan A.C. Geurts*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 315-331, zie p. 320.

<sup>7</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 379.

een wettelijke regel, op een overeenkomst of uit de ‘context van de gewraakte gedraging’ kan worden afgeleid.<sup>8</sup> Bij Kelk lijkt zodoende een algemene plicht de wet na te leven ineen te vloeien met bijzondere plichten die kunnen ontstaan op basis van wet, overeenkomst of context. De zojuist aangehaalde Wolswijk beperkt de betreffende ontstaansbronnen van plichten juist concreet tot oneigenlijke commissiedelicten.<sup>9</sup>

Illustratief voor de gevarieerde zorgplichtterminologie is ook de rechtspraak. In (lagere) jurisprudentie wordt de term zorgplicht soms zonder verdere toelichting aangewend. De rechter heeft het dan in zijn algemeenheid over “*de zorgplicht om het strafbare feit te voorkomen*” en dat op de verdachte “*de zorgplicht rustte de regelgeving na te leven*”.<sup>10</sup> Het is de vraag of deze manier van stempeldrukken door de rechter in plaats van door de wetgever aanbevelenswaardig is.

Wat aan de hand van deze paar voorbeelden in ieder geval duidelijk wordt, is dat verschillende zorgplichten en rechtsplichten met uiteenlopende inhoudelijke betekenissen kunnen worden aangewezen. Zo zouden er zorgplichten bestaan als theoretische vervanger van de gedraging als ingang naar bestraffing. Er zouden rechtsplichten zijn die een rol spelen in het kader van de passieve variant van de deelnemingsvorm ‘medeplichtigheid’. Er zouden zorgplichten voorkomen die naleving van de wet verlangen. Er schijnen zorgplichten te zijn die bepalen wanneer sprake is van functioneel ouderschap. Er zouden bijzondere rechtsplichten bestaan die het strafrechtelijk nalaten beperken. Et cetera. Het lastige aan de diensgevolge ontstane caleidoscoop van plichten, is dat die plichten in het strafrecht ten aanzien van zeer verschillende onderwerpen, afhankelijk van de draai die eraan wordt gegeven en de daaruit voortkomende invalshoek, worden gekleurd. Ondertussen worden de diverse betekenissen in de literatuur door elkaar heen gebruikt. Dat komt de hanteerbaarheid van de betreffende plichten niet direct ten goede. Mede daardoor is immers lang niet altijd helder wat de betekenis, positie, inhoud en werking van zorgplichten en rechtsplichten in het strafrecht is.

In het zorg- en rechtsplichtenspectrum hierboven, zijn de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin nog niet gesignaleerd. Wat daaronder wordt verstaan, is aan de orde in de volgende paragraaf. Daarna zal de verhouding worden onderzocht tussen deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen en een aantal delictsvormen dat verwantschap vertoont met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

<sup>8</sup> Idem, p. 378-379.

<sup>9</sup> H.D. Wolswijk, ‘Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder’, in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 558-565.

<sup>10</sup> Rechtbank Arnhem 8 maart 2007, LJN BA0217 respectievelijk BA0228. Zie voorts de art. 12 Sv-beschikking Hof Amsterdam 9 april 2008, LJN BC9170.

### 4.3 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen

Vanaf de jaren tachtig is men begonnen intensief met strafrechtelijke zorgplichtbepalingen te gaan werken.<sup>11</sup> Vooral in het milieurecht leek dit type bepalingen te zijn herontdekt. Machielse en Schaffmeister voorzagen in de 'categorie van de strafbepalingen met gebodskarakter' een 'lawineachtige vermeerdering' van delicten.<sup>12</sup> Zij stonden daarin bepaald niet alleen. Ook door anderen is opgemerkt dat het gebruik van zorgplichtbepalingen op een bijzonder warme belangstelling van verschillende (lagere) wetgevers heeft kunnen rekenen.<sup>13</sup> Sackers stelt dat zorgplichtbepalingen de laatste jaren aan het oprukken zijn.<sup>14</sup> En De Hullu duidt in de meest recente druk van zijn materieelrechtelijke handboek op zorgplichtbepalingen als een *moderne* variant van vage normen.<sup>15</sup>

In de literatuur bestaat aldus het beeld dat zorgplichtbepalingen typisch iets van deze tijd zijn. De constructie lijkt bij nader inzien echter minder nieuw te zijn dan door sommigen wellicht wordt gedacht. Eind negentiende eeuw bestonden bijvoorbeeld al strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepalingen die gericht waren tot 'een ieder' respectievelijk tot 'hoofden' of tot 'bestuurders'.<sup>16</sup> De toename van hedendaagse zorgplichtbepalingen die een aantal decennia geleden van start ging, zal daarom ook meer moeten worden gezien als *wederopstanding* van de zorgplichtbepaling dan als nieuw ontwikkelde wetgevingstechniek.<sup>17</sup>

Iets dat gedurende die opleving de laatste decennia niet op veel belangstelling in de literatuur, rechtspraak en wetgeving heeft mogen rekenen, is de strafrechtelijke *daderschapsconstructie* bij zorgplichtbepalingen. Niet lijkt te zijn bekeken of wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen mogelijk juridische eigenheden hebben waardoor ten aanzien van bijvoorbeeld strafrechtelijk ouderschap een eigen constructie zou moeten worden gekozen. In de volgende hoofdstukken wordt naar die mogelijkheid onderzoek gedaan. Omdat zoals gezegd niet altijd duidelijk is wat met zorgplichtbepalingen wordt bedoeld en welke precieze bepalingen men daarbij op het oog zou moeten hebben, zal eerst worden besproken wat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zijn (paragraaf 4.3.1). Aansluitend bestaat in paragraaf 4.3.2 aandacht voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen *in ruime zin*. Het is nodig te onderscheiden tussen de ruimere opvatting in de doctrine en de enge variant van zorgplichtbepalingen die

<sup>11</sup> G.A. Biezeveld, 'Zorgplichten in milieuwetgeving', *RegelMaat* 2008-4, p. 122-130, zie p. 124.

<sup>12</sup> A.J.M. Machielse & D. Schaffmeister, 'Onrecht en zorgplicht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-52, zie p. 39.

<sup>13</sup> D. Roef, 'Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij', in: P.L. Bal, E. Prakken en G.E. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-56, zie p. 52.

<sup>14</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 127.

<sup>15</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 93, nt. 215.

<sup>16</sup> Art. 6 (een ieder) resp. 11 (hoofd of bestuurder) juncto 17 Arbeidswet 1889 (Wet van 5 mei 1889, *Stb.* 1889, 48).

<sup>17</sup> Zie in dat licht tevens paragraaf 3.3.



in onderhavig onderzoek centraal staat. De legitimering van dat onderscheid is gelegen in de ongelijkwaardigheid van het brede scala delicten dat men in het strafrecht binnen het bereik van zorgplichtbepalingen probeert te brengen. Die delicten zijn dermate divers, dat daarbinnen onderscheidingen moeten worden aangebracht. De betreffende afbakeningen zijn noodzakelijk om een zuivere en consistente bespreking van de zorggedraging en het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin mogelijk te maken en om te voorkomen dat in een eventuele discussie langs elkaar heen wordt gepraat.

#### **4.3.1 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin**

Met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden die bepalingen bedoeld waarin staat opgenomen dat een persoon heeft zorg te dragen voor iets dat eveneens in de bepaling genoemd staat. In hoofdstuk 1 is daarover al een en ander opgemerkt. Zo wordt de kwalificatie ‘wettelijke’ beperkend gebruikt ten opzichte van alle zorgplichtbepalingen in lagere regelgeving. De term ‘zorg dragen’ kan worden afgewisseld met ‘zorg betrachten’, ‘zorgen’ en dergelijke formuleringen meer. Een typisch voorbeeld betreft art. 1.3 Wet luchtvaart.

*Artikel 1.3 Wet luchtvaart – Een luchtvaartmaatschappij is verplicht er voor zorg te dragen, dat:*

- a. de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen in een zodanige staat zijn, dat daarmee veilig gevlogen en vervoerd kan worden;*
- b. het boordpersoneel van de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen over voldoende kennis, bedrevenheid en ervaring beschikt;*
- c. al datgene wordt gedaan, wat in haar vermogen ligt om ernstige lichamelijke of geestelijke vermoeidheid van de leden van het boordpersoneel bij de bediening van luchtvaartuigen te voorkomen.*

*Artikel 11.9 Wet luchtvaart – 1. Met een hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van ten hoogste de derde categorie wordt gestraft degene, die*

- a. handelt in strijd met de artikelen*

*1°. 1.3; [...]*

- 2. De in het eerste lid van dit artikel strafbaar gestelde feiten zijn overtredingen. [...]*

De betreffende geadresseerde rechtspersoon zal ervoor moeten zorgen dat zijn vliegtuigen continu in zodanige staat zijn dat daarmee veilig kan worden gevlogen. Ook moet de luchtvaartmaatschappij ervoor zorgen dat haar boordpersoneel over voldoende kennis, bedrevenheid en ervaring beschikt. De bepaling houdt in dat een ernstig gapende piloot uiteindelijk tot gevolg kan hebben dat de luchtvaartmaatschappij *strafrechtelijk* op de vingers wordt getikt. Op overtreding van de bepaling staat een hechtenisstraf van ten hoogste zes maanden of een geldboete van ten hoogste de derde categorie (art. 11.9 Wet luchtvaart).<sup>18</sup> Van dit type

<sup>18</sup> Gezien art. 23 lid 7 Sr geldt voor de rechtspersoon eventueel de naast hogere boetecategorie.

bepalingen bestaan er vrij veel. De kern is steeds een zorggedraging. Daarmee onderscheidt de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling zich van andere bepalingen die binnen de overkoepelende aanduiding 'zorgplichtbepaling in *ruime zin*' vallen (zie hierna paragraaf 4.3.2).

### *Overzicht van bepalingen*

Het Wetboek van Strafrecht bevat een viertal bepalingen dat als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de hierboven bedoelde zin kan gelden. Het betreft de artikelen 402, 425 sub 2, 427 sub 2 en 471 lid 1 sub 1 uit het Wetboek van Strafrecht. Alleen art. 402 Sr is een misdrijf, de andere commune bepalingen zijn overtredingen.

Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin komen met name voor in het – zeer gefragmenteerde – bijzondere strafrecht. In de meeste gevallen is de strafbaarstelling van de betreffende bepalingen niet opgenomen in de bijzondere wet zelf, maar in de Wet op de economische delicten. De bespreking van de achtergrond van deze bepalingen in het volgende hoofdstuk beslaat de voornaamste deelgebieden in de Wet op de economische delicten, te weten het financiële recht, milieurecht, arbeidsrecht en vervoerrecht. Van alle wetten die raken aan deze juridische deelterreinen en die genoemd worden in de Wet op de economische delicten, bevat slechts een beperkt aantal wetten bepalingen waarin het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel terugkomt. Het betreft de volgende bepalingen: art. 3:279 lid 1, 3:296 lid 1, 3:296 lid 2, 3:296 lid 3, 3:296 lid 8, 5:30 en 5:64 lid 6 Wet op het financieel toezicht, art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, art. 11 lid 1, 13a lid 2, 13a lid 3 en 13a lid 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen, art. 54 Flora- en faunawet, art. 17 lid 4 en 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998, art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica, art. 1a Woningwet, art. 9.2.3.1 lid 1 Wet milieubeheer (art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud)), art. 9.4.5 lid 1, 9.4.5 lid 2 en 10.55 lid 3 Wet milieubeheer, art. 3 lid 1, 3 lid 3, 8 lid 1, 8 lid 2, 8 lid 3, 11 en 19 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet, art. 3:2 lid 1, 3:4 en 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet, art. 1.3 Wet luchtvaart, art. 8 lid 1 sub c Wet laden en lossen zeeschepen, art. 5a lid 1 en 5a lid 2 Wet personenvervoer 2000, art. 47 lid 1 Spoorwegwet en art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud). Ten aanzien van al deze strafbepalingen geldt dat daarin, in tegenstelling tot alle andere delicten, het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel is opgenomen. De vraag die ten aanzien van deze delicten rijst, is of dat specifieke bestanddeel bijzondere gevolgen heeft voor de wijze waarop het strafrechtelijk daderschap bij die zorgplichtbepalingen tot stand moet worden gebracht. Daarop wordt later teruggekomen (in hoofdstuk 5, 6 en 7).

---

Opvallend is uiteraard de hechtenisstraf voor de luchtvaartmaatschappij. Daaruit kan worden afgeleid dat de bijzondere regelgever inderdaad niet speciaal heeft stilgestaan bij de vraag of de bepaling strafrechtelijk gezien natuurlijke personen uitsluit, vgl. hierboven het slot van paragraaf 3.2.3.2.

In sommige andere strafbepalingen komt de term ‘zorg’ wel voor, maar niet als duiding van de strafbare delictsgedraging. Dergelijke andere bestanddelen die zijn afgeleid van de term ‘zorg’, maar die niet de delicts*gedraging* zijn, maken op zichzelf niet dat sprake is van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Dientengevolge worden bijvoorbeeld bepalingen waarin een persoon een dier laat staan op de weg zonder de nodige voorzorgsmaatregelen tegen het aanrichten van schade te hebben genomen (art. 427 onder 5 Sr) en bepalingen waarin een persoon gevaar voor een bepaalde brand doet ontstaan door gebrek aan de nodige *voorzorg* (art. 429 onder 3 Sr), niet beschouwd als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. In beide voorbeelden wordt de concrete delictsgedraging, te weten het ‘laten’ respectievelijk het ‘doen ontstaan’, slechts gekoppeld aan een bepaalde mate van voorzorg. Dat van zorg afgeleide bestanddeel maakt in deze gevallen echter niet dat gesproken kan worden van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de in dit proefschrift gehanteerde enge zin. Het daderschap – waarvoor het gedragsbestanddeel bepalend is – wordt er namelijk niet door gevormd.

Hoe het daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin tot stand komt, is niet eenvoudig af te leiden uit de bepaling zelf. Daartoe zal daarom elders te rade moeten worden gegaan, hetgeen in hoofdstuk 5 ook zal gebeuren. Hoe lastig het daardoor ook is, het is desondanks nodig om in het vervolg van dit hoofdstuk – nog zonder de bevindingen uit de hoofdstukken 5, 6 en 7 – een vergelijking te maken met allereerst de benadering van de veel meer omvattende zorgplichtbepaling in ruime zin en daarnaast met delictsoorten waaronder de zorgplichtbepalingen in enge zin op het eerste oog zouden kunnen worden geschaard. Bij nader inzien zullen dan toch niet onbelangrijke verschillen blijken te bestaan.

#### 4.3.2 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in ruime zin

In paragraaf 4.2 zijn al voorbeelden gegeven van het gevarieerde gebruik van ‘plichten’ in het strafrecht. Een aanvulling daarop wordt geboden door verschillende commissies en werkgroepen die in opdracht van wetgever en overheid onderzoek deden naar zorgplichten. De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten verstond in 1990 onder een zorgplichtbepaling “*een vrij algemeen geformuleerde, tot de burger gerichte (zorg)verplichting die een bepaalde verantwoordelijkheid markeert en waarvan het de bedoeling is deze juridisch (bestuursrechtelijk, privaatrechtelijk of strafrechtelijk) te handhaven*”.<sup>19</sup> In recentere rapporten wordt daarop voortgeborduurd door middel van de opsomming van een aantal kenmerken. Onder een zorgplichtbepaling wordt dan een gedragsnorm verstaan 1) die zich niet uitsluitend tot de overheid richt, 2) die verplicht tot het

<sup>19</sup> *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 800 VI, nr. 24, p. 33. In het Advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen, 20 augustus 1990 (CTW 90/6), p. 3 wordt een uitvoeriger uitgeschreven definitie gehanteerd. De strekking is hetzelfde. Zie voorts M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 3.

betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, 3) die zodanig algemeen geformuleerd is dat voor de normadressaat verscheidene, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan, en 4) waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven.<sup>20</sup> Dat lijkt een behoorlijk ruime benadering van zorgplichtbepalingen.

In de beperkte hoeveelheid literatuur die ten aanzien van strafrechtelijke zorgplichtbepalingen voor handen is, wordt er vrijwel altijd dezelfde ruime opvatting ten aanzien van 'zorgplichtbepalingen' op nagehouden. Men pleegt daarvoor bijvoorbeeld eveneens bepalingen te verstaan die – kort gezegd – een bijzonder vage gedragssomschrijving kennen met een uitzonderlijk ruim bereik. Gedacht kan worden aan bestanddelen als 'alle maatregelen nemen' die maken dat een bepaling als zorgplichtbepaling in ruime zin kan worden beschouwd. In de Wet bodembescherming heeft bijvoorbeeld artikel 13 betrekking op de verplichting 'alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd teneinde verontreiniging of aantasting te voorkomen'.<sup>21</sup> Deze bepalingen komen niet alleen in het milieurecht voor. Zij kunnen evengoed worden aangetroffen in de Wet op het financieel toezicht en het Wetboek van Strafrecht.<sup>22</sup> In de strafrechtswereld worden dergelijke bepalingen over het algemeen aangeduid als 'zorgplichtbepalingen'.

Een anders vormgegeven ruime bepaling die ook meer dan eens wordt aangehaald als zorgplichtbepaling is bijvoorbeeld art. 5 WVV.<sup>23</sup> De tekst van dit artikel luidt als volgt.

*Artikel 5 WVV – Het is een ieder verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd.*

Op basis van art. 177 en 178 WVV wordt overtreding van art. 5 WVV als overtreding gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de tweede categorie. Wat onmiddellijk opvalt, is de afwezigheid van een gedragsbestandsdeel in de vorm van 'zorgen'. Daarnaast is van belang dat het een bepaling betreft waarin een gedraging (hoe vaag misschien ook) wordt verboden. Het is

---

<sup>20</sup> Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14, p. 6. Vergelijkbaar is de benadering in Werkgroep Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 383, nr. 51, p. 12-14.

<sup>21</sup> Niet naleving is strafbaar gesteld in art. 1a onder 1 WED.

<sup>22</sup> Bijvoorbeeld art. 4:87 Wft respectievelijk art. 427 sub 3 Sr. Het artikel uit de Wet op het financieel toezicht is overigens onlangs uit de Wet op de economische delicten geschrapt met het wetsvoorstel Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 2 e.v. In werking getreden per 1 augustus 2009, *Stb.* 2009, 327 en 328.

<sup>23</sup> Onder meer D. Roef, 'Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij', in: P.L. Bal, E. Prakken en G.E. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-56, zie p. 53, Werkgroep Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 383, nr. 51, p. 15-16 en Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14, p. 19-20 en 29-30.

evenzeer van gewicht te onthouden dat ten gevolge van die redactie de dader een gedraging zal moeten worden verweten en dat die gedraging moet worden tenlastegelegd. In hoofdstuk 3 is duidelijk geworden dat die gedraging een complex is van doen en/of laten. Ook de gedraging in art. 5 WVV is gekoppeld aan de dader. Het gaat om zijn individuele, originele en oorspronkelijke gedraging. Dat kan abstract in de praktijk de volgende tenlastelegging opleveren: ‘meneer [X] heeft zich zodanig gedragen dat het verkeer kon worden gehinderd, immers hij deed [Y] en/of hij liet [Z] na, terwijl hij de bijzondere rechtsplicht [A] had om [Z] niet na te laten’. Voor wat betreft wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zal het later in dit onderzoek de hamvraag zijn in hoeverre daadwerkelijk een meer traditionele gedraging in de zin van voornoemd doen en/of laten benodigd is.

In haar proefschrift over zorgplichtbepalingen in het strafrecht, wordt door Visser in navolging van het hierboven aangehaald Advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen<sup>24</sup> de volgende definitie van een zorgplichtbepaling gehanteerd. *“Een vrij algemeen geformuleerde (zorg)verplichting die een bepaalde verantwoordelijkheid van de normadressaat markeert en die strafrechtelijk kan worden gehandhaafd. Een zorgplichtbepaling bevat een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met het oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van de normadressaat. De wetstechnische vormgeving van een zorgplichtbepaling kan verschillen; het kan gaan om een gebod (een positief geformuleerde verplichting), of om een verbod”*.<sup>25</sup> In de ruime opvatting van Visser worden door haar ook bijvoorbeeld het al genoemde art. 5 WVV<sup>26</sup> en art. 5 Wet Luchtverkeer 1993 (oud)<sup>27</sup> als zorgplichtbepaling aangemerkt. Laatstgenoemd artikel luidt als volgt.

*Artikel 5 Wet luchtverkeer 1993 (oud) – Het is verboden op zodanige wijze aan het luchtverkeer deel te nemen dan wel luchtverkeersleiding te geven dat daardoor personen of zaken in gevaar worden of kunnen worden gebracht.*

*Artikel 5.3 Wet luchtvaart (huidig) – Het is verboden op zodanige wijze aan het luchtverkeer deel te nemen dan wel luchtverkeersleidingsdiensten te verlenen dat daardoor personen of zaken in gevaar worden of kunnen worden gebracht.*

Ingevolge art. 11.9 Wet luchtvaart is deze overtreding bedreigd met maximaal zes maanden hechtenis of een geldboete van de derde categorie. De delictsgedraging

<sup>24</sup> Advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen, 20 augustus 1990 (CTW 90/6), p. 3.

<sup>25</sup> M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 4. Overigens heeft Visser deze definitie ten opzichte van het advies van de CTW verbeterd.

<sup>26</sup> Idem, p. 255 e.v.

<sup>27</sup> Idem, p. 277.

wordt gevormd door de werkwoorden 'deelnemen' en 'verlenen'.

Zekere overeenkomstigheden kunnen niet worden ontkend tussen enerzijds bepalingen als art. 5 WVV en art. 5.3 Wet luchtvaart en anderzijds de in voorliggend onderzoek gehanteerde engere opvatting van zorgplichtbepalingen. Met name de veel genoemde vaagheid van bepalingen als art. 5 WVV springt in het oog en maakt het begrijpelijk dat dit soort bepalingen met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, in enge zin, zoals bijvoorbeeld eerder genoemd art. 1.3 Wet luchtvaart, op één hoop worden gegooid. De strafrechtelijk inhoudelijke verschillen tussen beide zijn tegelijkertijd groot. In het voorgaande werd al geschreven dat met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in voorliggend onderzoek de strafbepalingen worden bedoeld waarin vrij letterlijk als bestanddeel is neergelegd dat het niet betrachten van een bepaalde mate van zorg door een bepaalde persoon, resulteert in strafrechtelijk ouderschap van die persoon. In art. 5 WVV staat niet het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel opgenomen. Art. 5 WVV is een bepaling waarin een gedraging letterlijk wordt verboden. De betreffende gedraging moet gevaarlijk of hinderlijk zijn. Deze concrete gedraging zal uit de tenlastelegging moeten blijken en uiteindelijk door de rechter moeten worden bewezen. Onder andere door Sackers is gesteld dat de wetgever soms genoodzaakt is een bepaling ruim te formuleren, terwijl in andere gevallen de wetgever daarvoor bewust en zonder noodzaak heeft gekozen.<sup>28</sup> Hij noemt art. 5 WVV als voorbeeld waarin de wetgever genoodzaakt was ruim te formuleren. Daartegenover stelt Sackers de zorgplichtbepalingen waarin de wetgever de verdenking op zich laadt bewust en ook zonder noodzaak voor te ruime omschrijvingen te kiezen.<sup>29</sup> Vanuit dit door Sackers gegeven perspectief bezien, hoeft het gelijkstellen van (sommige) zorgplichtbepalingen met een artikel zoals art. 5 WVV kennelijk geen vanzelfsprekendheid te zijn. Zo is art. 5 WVV een noodzakelijkerwijs weliswaar vage, maar vooral een standaard (althans geen wettelijke strafrechtelijke zorgplicht)bepaling. Het zou namelijk ondoenlijk zijn geweest voor de wetgever alle mogelijke gevaarlijke verkeerssituaties te benoemen.<sup>30</sup> Bepalingen als de hierboven genoemde art. 5 WVV en 5.3 Wet luchtvaart zijn daarom, in de benadering die in dit onderzoek wordt voorgestaan, reguliere delicten die moeten worden onderscheiden van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Van laatstgenoemde bepalingen kan in lijn met Sackers worden gezegd dat de wetgever daarmee zonder noodzaak voor een ruime vormgeving van ouderschap en strafbaarheid kiest.

Aangezien in het ene geval die noodzaak ontbrak en in het andere niet, hoeft

---

<sup>28</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 125-128, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 030, nr. 3, p. 66.

<sup>29</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 125.

het onderscheiden tussen zorgplichtbepalingen in enge zin en andere bepalingen niet te bevreemden. Voor wat betreft de materieel strafrechtelijk inhoudelijke zijde is de aanleiding in dit onderzoek stil te staan bij de engere categorie zorgplichtbepalingen die wordt gekenmerkt door het gedragsbestanddeel zorgen (of afgeleiden daarvan) gelegen in de wijze waarop het ouderschap tot stand komt. In hoofdstuk 3 werd duidelijk dat ouderschap en delictsgedraging met elkaar samenhangen. Het 'zorgen' als delictsgedraging lijkt bij eerste lezing onbestemd en niet vanzelfsprekend in te vullen. Daarop wijzen ook de bepaald schaarse literatuur en jurisprudentie omtrent deze specifieke enge categorie.<sup>31</sup> Daarnaast rijst de vraag wat voor gedraging het 'zorgen' nu eigenlijk is. De indruk is ontstaan dat het 'zorgen' een apart geval is ten aanzien waarvan moet worden onderzocht in hoeverre de betreffende delictsgedraging wel past binnen de democratisch rechtsstatelijke kaders. Die kaders legitimeren immers de toepassing van het *ius puniendi* en bepalen de structuur en vorm van het materiële strafrecht. Het is niet zonder belang dat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin binnen die kaders passen.

#### 4.3.3 Tussenstand

Nadat in de voorgaande hoofdstukken de primaire inhoudelijke lijnen zijn getrokken, is in voorliggend hoofdstuk aan de orde wat zorgplichtbepalingen zijn. Binnen het ruime begrip zorgplichtbepaling is een breed scala aan onderling verschillende zorgplichtbepalingen te vinden. Dit onderzoek richt zich op een specifieke enge categorie, te weten de bepalingen waarin het werkwoord zorgen (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel staat opgenomen. Dit inhoudelijke startpunt is in het voorgaande besproken. Daarbij is tevens vooral aangegeven *dát* de zorgplichtbepalingen in enge zin zich onderscheiden van de zorgplichtbepalingen in ruime zin. In het navolgende wordt vanuit de zorgplichtbepalingen in enge zin gekeken naar hedendaagse strafrechtelijke deelonderwerpen die daarmee in zekere zin relevante raakvlakken vertonen. De vraag zal uiteindelijk vooral zijn *waarin* wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin anders zijn dan andere delicten en daarnaast of de zorgplichtbepalingen tegen de achtergrond van aanverwante (maar niet gelijkwaardige) modaliteiten terecht geïsoleerd van andere deelonderwerpen kunnen worden onderzocht in de aansluitende hoofdstukken. Het gaat er in dit hoofdstuk om de inhoudelijke grond voor dat onderscheid te formuleren.

#### 4.4 Afbakening: overeenkomstig maar niet hetzelfde

Een aantal delictsoorten zou overeenkomsten kunnen vertonen met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Teneinde te bepalen waar de

<sup>30</sup> Idem, zie p. 126.

<sup>31</sup> De ruime categorie zorgplichtbepalingen heeft over belangstelling niet te klagen. Maar ook daarbinnen buigt men zich (vrijwel) niet over de materieelrechtelijke werking van de zorggedraging en het ouderschap.

afwijkingen zitten, worden de betreffende delictsoorten besproken en wordt bezien wat aan die delictsoorten bijzonder is en waardoor ze zich vermoedelijk onderscheiden ten opzichte van de zorgplichtbepalingen in eng zin. Het betreft de gevaarzettingsdelicten (paragraaf 4.4.1), delicten met feitelijke verplichtingen (paragraaf 4.4.2), voortdurende delicten (paragraaf 4.4.3) en omissiedelicten en oneigenlijke commissiedelicten (paragraaf 4.4.4).

#### **4.4.1 Gevaarzettingsdelicten?**

Eén van de eerste strafrechtelijke deelonderwerpen dat in de buurt komt van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, is het gevaarzettingsdelict. Zoals voor meer onderscheiden delictsoorten geldt, betreft het onderscheid ook hier een handvat voor theoretische categorisering. Gevaarzettingsdelicten worden tegenover krenkingsdelicten geplaatst. Bij krenkingsdelicten treedt strafbaarheid eerst in als een rechtsgoed daadwerkelijk wordt gekrenkt. Bij gevaarzettingsdelicten knoopt de strafbaarstelling (reeds) aan bij het gevaar dat zo een krenking wordt veroorzaakt. Dat gevaar is dan op zichzelf genoeg voor de strafbaarstelling van soms alledaagse handelingen. Visser onderscheidt vier relevante modellen, te weten: concrete gevaarzettingsdelicten, abstracte gevaarzettingsdelicten, zelfstandige gevaarzettingsdelicten en zorgplichtbepalingen. Zij benadrukt dat haar modellen elkaar veelal overlappen.<sup>32</sup> Ingevolge bepalingen als art. 5 WVV is het de dader verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar, of in sommige gevallen reeds hinder, kan ontstaan. Dergelijke bepalingen behelzen een verbod van (potentieel) gevaarlijk gedrag. Veel van de zorgplichtbepalingen in ruime zin die onder de in de vorige paragraaf aangehaalde definitie van Visser en onder de in paragraaf 4.2 genoemde definities van verschillende werkgroepen vallen<sup>33</sup>, kunnen dan ook tevens worden aangemerkt als gevaarzettingsdelict.<sup>34</sup> In het bovenstaande is de tekst van art. 5 WVV en art. 5.3 Wet luchtvaart reeds weergegeven. Daarin wordt duidelijk een gevaar genoemd. Een ander voorbeeld van een concreet gevaarzettingsdelict is art. 157 Sr.

*Artikel 157 onder 1 Sr – Hij die opzettelijk brand sticht, een ontploffing teweegbrengt of een overstroming veroorzaakt, wordt gestraft:*

*1°. met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien daarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is; [...]*

De vraag is nu hoe wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zich verhou-

---

<sup>32</sup> M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 21. En uiteindelijk zouden de op zichzelf staande zorgplichtbepalingen overbodig zijn, idem, p. 413.

<sup>33</sup> Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14, p. 6. Vergelijkbaar is de benadering in Werkgroep Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 383, nr. 51, p. 12-14.

<sup>34</sup> M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 404.



den tot deze delictsvorm. Het antwoord daarop luidt, kort gezegd: een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling zoals art. 425 onder 2 Sr is geen (concreet) gevaarzettingsdelict en het is geen krenkingsdelict. De bepaling is als volgt vormgegeven.

*Artikel 425 onder 2 Sr – Met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft: [...]*

*2°. hij die geen voldoende zorg draagt voor het onschadelijk houden van een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier.*

Dit artikel lijkt misschien geen ideaal voorbeeld om te illustreren dat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen geen krenkings- of gevaarzettingsdelicten in voormelde zin zijn. Aangezien immers de termen ‘onschadelijk’ en ‘gevaarlijk dier’ in de bepaling staan opgenomen en voor daderschap voldoende is dat het dier zich in zodanige toestand bevindt dat schade kán worden aangericht, zou de indruk kunnen ontstaan dat juist wél sprake is van een gevaarzettingsdelict. Maar het gaat hier om een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin zonder meer. Er staat niet in opgenomen dat gevaar of schade te duchten zijn. Tussen een concreet gevaarzettingsdelict als art. 157 Sr en een zorgplichtbepaling als art. 425 onder 2 Sr bestaan gewichtige verschillen. Bij krenkingsdelicten is vereist dat een nader genoemd rechtsgoed wordt geschaad en bij concrete gevaarzettingsdelicten wordt verlangd dat zich een gevaar voordoet of kan voordoen. Meestal staat daartoe vrij letterlijk het bestanddeel ‘gevaar’ genoemd in de bijbehorende bepaling. Illustratief daarvoor zijn, naast art. 157 Sr, twee meermaals genoemde bepalingen uit de Wegenverkeerswet (art. 5) respectievelijk de Wet luchtvaart (art. 5.3). In art. 425 onder 2 Sr staat slechts een vrij kale, maar helder geformuleerde wettelijke strafrechtelijke zorgplicht opgenomen, te weten dat de dader niet onvoldoende zorg draagt voor het onschadelijk houden van een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier.<sup>35</sup> Net als in vrijwel alle andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, staat daarin niets opgenomen omtrent bijvoorbeeld bepaald te duchten gevaar, zoals dat in art. 157 Sr wél is aangeduid. De bepaling moet daarom veel bloter en objectiever worden beschouwd, dus zonder eventueel gevaar voor te veroorzaken leed. Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen hebben een veel orderingsrechtelijker status en zijn wat dat betreft – overdreven gesteld – enigszins betekenisloze voorschriften. Op dit punt zijn de hier besproken zorgplichtbepalingen te vergelijken met feitelijke plichten als aangifte doen van geboorte of overlijden (art. 448 Sr, zie hieronder paragraaf 4.4.2). In concrete gevaarzettingsdelicten staat daarentegen letterlijk dat door de delictsgedraging een bepaald specifiek rechtsgoed in gevaar is gebracht of gebracht had kunnen zijn. Van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling is dan geen sprake. Daarnaast springt de omschrijving van de gedraging in het oog.

<sup>35</sup> Het (onwenselijk) vage aan zorgplichtbepalingen is dat niet duidelijk wordt welke mate van zorg dient te worden betracht. Dát zorg dient te worden betracht is evenwel helder.

Het bestanddeel 'hij die brand sticht' heeft juridisch voor wat het ouderschap betreft een andere betekenis dan 'hij die onvoldoende zorg draagt'.

Juist het gedragsbestanddeel 'zorg dragen' (en afgeleiden daarvan) lijkt dermate onbepaald dat een bijzondere betekenis met daaruit voortvloeiende consequenties niet kan worden uitgesloten. Zou het zo kunnen zijn dat het 'zorgen' omdat het niet zo concreet is als andere gedragingen, zoals 'brand stichten,' naast het complex van doen en/of laten – waarmee de gedraging meestentijds wordt ingevuld – moet komen? En indien dat het geval is, moet dan de gedraging die bestaat uit voornoemd complex van doen en laten, worden herijkt? Anders geformuleerd: heeft de bijzondere werking van het zorgen consequenties voor de rechtsstatelijke ingang – de gedraging – naar bestraffing? Bij krenking en (concrete) gevaarzettingsdelicten dringt die vraag als zodanig niet op. In de navolgende hoofdstukken wordt op zoek gegaan naar de antwoorden.

#### *Positie van abstracte gevaarzettingsdelicten in het licht van het voorgaande*

In de literatuur wordt ook wel onderscheiden naar *abstracte* gevaarzettingsdelicten. Soms is niet vereist dat gevaar ontstaat, bijvoorbeeld bij art. 131 Sr (opruiing).<sup>36</sup> Er wordt dan van een *abstract* gevaarzettingsdelict gesproken. De typering 'abstract gevaarzettingsdelict' zegt niets meer dan dat het delict dat als zodanig wordt gekwalificeerd, in ieder geval geen krenkingsdelict en ook geen concreet gevaarzettingsdelict is. Ook bepalingen als art. 131 Sr moesten theoretisch ergens kunnen worden ingedeeld en kregen een eigen categorie: abstracte gevaarzettingsdelicten. Aangezien altijd wel ergens een achter het delict gelegen vorm van gevaar of potentiële schade kan worden aangewezen, voegt deze aanduiding weinig toe. Ook wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zouden dus onder deze typering vallen. Wegens het gebrek aan meerwaarde van deze typering, zou het beter zijn onderscheid te maken tussen krenkingsdelicten en *concrete* gevaarzettingsdelicten. Sommige delicten moeten dan in de ene categorie worden ingedeeld en andere delicten in de andere. Dan blijft een restgroep over die geen van beide is en eigenlijk ook niet abstract gevaarzettingsdelict zou moeten worden genoemd (bijvoorbeeld voornoemd art. 131 Sr). Dit laatste nu geldt voor een zeer groot aantal van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. In geen van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is sprake van een (dreigende) krenking van een *concreet* aangewezen rechtsgoed. Evenmin heeft het merendeel van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen betrekking op een min of meer geëxpliciteerd gevaar. Uiteraard is met deze delicten uiteindelijk altijd wel ergens een belang te achterhalen dat wordt beschermd en een gevaar dat wordt vermeden, maar dat geldt voor alle andere delicten niet anders en rechtvaardigt bovendien op zichzelf niet dat het label van (abstract) gevaarzettingsdelict wordt opgeplakt. Gezegd zou aldus kunnen worden dat met alle andere delicten ook zorgplichtbepalingen abstracte gevaarzettingsdelicten zijn. Een dergelijke constatering (en diensengevolge in wezen ook de aanduiding

---

<sup>36</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 72.

‘abstract gevaarzettingsdelict’ op zichzelf) zou echter van weinig toegevoegde waarde zijn. Bovendien zou daarmee de wettelijk strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin tekort worden gedaan; daarvoor zijn ze te onderscheidend.

Dat zorgplichtbepalingen te ‘eigen’ zijn om op één hoop te worden gegooid, kan als volgt worden verhelderd. In bijvoorbeeld art. 1.3 Wet luchtvaart ligt het gevaar toch echt te ver verwijderd van de verlangde zorg. Daarenboven is art. 5.3 Wet luchtvaart wél een concreet gevaarzettingsdelict dat geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling is en waarvan zou kunnen worden gezegd dat hetzelfde (vergelegen abstracte) rechtsbelang wordt behartigd als in art. 1.3 Wet luchtvaart. Art. 5.3 Wet luchtvaart luidt immers: *“Het is verboden op zodanige wijze aan het luchtverkeer deel te nemen dan wel luchtverkeersleidingsdiensten te verlenen dat daardoor personen of zaken in gevaar worden of kunnen worden gebracht”*. En subonderdeel a van art. 1.3 Wet luchtvaart houdt in *“een luchtvaartmaatschappij is verplicht er voor zorg te dragen, dat de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen in een zodanige staat zijn, dat daarmee veilig gevlogen en vervoerd kan worden”*. Een vergelijking tussen deze twee delicten levert op dat de verbodsbepaling van art. 5.3 Wet luchtvaart een gevaarzettingsdelict is en art. 1.3 Wet luchtvaart niet. Voor zover laatstgenoemde bepaling al een rechtsgoed zou beschermen, is daarin reeds nadrukkelijker voorzien met art. 5.3 Wet luchtvaart. Art. 1.3 Wet luchtvaart komt daar naast. De luchtvaartmaatschappij heeft ten aanzien van art. 1.3 Wet luchtvaart ‘slechts’ ergens voor te zorgen en dat staat los van het zich al dan niet aandienen van gevaar of schade. Het is een blote plicht te zorgen terwijl in art. 5.3 Wet luchtvaart een – weliswaar vage – traditionele gedraging aan de orde is.

### *Slotsom*

De vraag komt terug of het voorgaande betreffende abstracte gevaarzettingsdelicten gevolgen heeft voor de categorisering van art. 425 sub 2 Sr. Voor zover alle delicten kunnen worden aangemerkt als *abstracte* gevaarzettingsdelicten, is ook art. 425 Sr een abstract gevaarzettingsdelict. Het blijft in de kern evenwel een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling die zich onderscheidt van in ieder geval de concrete gevaarzettingsdelicten waarin een op gevaar gerichte gedraging, eventueel in de vorm van nalaten, vereist is. Het ‘brandstichten’ (art. 157 Sr) of op de weg gevaarlijk gedragen voor het verkeer (art. 5 WVV) heeft namelijk een andere betekenis voor het daderschap dan dat het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel heeft. Het zorgen zelf is, in tegenstelling tot ‘brandstichten’ en ‘opruien’, niet gevaarlijk of schadelijk. Bovendien knopen ‘brandstichten’ en ‘gevaarlijk gedragen’ expliciet aan bij een gedraging, terwijl dat bij het bestanddeel ‘zorgen’ moet worden betwijfeld. Kenmerkend voor de beperktere categorie wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, is dat het in de meeste gevallen krenkings- noch (concrete) gevaarzettingsdelicten zijn. Merendeels kunnen deze laatste zorgplichtbepalingen worden gezien als vrij objectieve orderingsvoorschriften, die in beginsel van gevaar of schade (krenking) losstaan. Dat de gedraging, het niet zorgen, *schadelijk* was of een

(on)bepaald *gevaar* (dreigde) op te leveren zoals bij gevaarzettingsdelicten aan de orde is, is irrelevant voor de toepassing van de zorgplichtbepaling en zal dus niet iets zijn dat hoeft te worden ten laste gelegd of bewezen. Ofschoon de verlangde zorg betrekking heeft op een situatie, vormt de vraag of die situatie schadelijk dan wel gevaarlijk is, geen zelfstandig punt van aandacht. Het enkele niet 'zorgen' lijkt te volstaan voor daderschap (zie nader hoofdstuk 5 en 6).

#### 4.4.2 Feitelijke plichten zonder 'zorg'

In het materiële strafrecht zijn ook meer 'reguliere' of 'feitelijke' plichten te vinden. In de vorige paragraaf werd al kort melding gemaakt van delicten waarin een concrete, feitelijke plicht staat opgenomen. De betreffende delicten hebben geen voor het daderschap noemenswaardig bijzondere werking. Bepaalde personen hebben de plicht geheimen te bewaren (art. 272 Sr), verklaringen af te leggen (art. 192 lid 2 Sr), ter terechtzitting te verschijnen (art. 192 lid 1 Sr), de jaarrekening openbaar te maken (art. 2:394 lid 3 juncto lid 1 BW jo art. 1 onder 4 WED) of bij de burgerlijke stand aangifte te doen van geboorte en overlijden (art. 448 Sr). In vergelijking met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, betreft het hier volgens Röling – die daarbij weliswaar verder niet uitgebreid is blijven stilstaan, maar wel één van de weinigen is die aan dit onderwerp (in de kantlijn) aandacht besteedt – plichten "*van geheel anderen aard*".<sup>37</sup> De feitelijke plichten in de zojuist genoemde artikelen zijn duidelijk omschreven en de bepalingen zijn op dezelfde manier strafrechtelijke delicten als bijvoorbeeld rechts houden in het verkeer dat is.<sup>38</sup> Het gaat om heldere en (mede daardoor) acceptabele gedragsvoorschriften waarvan eenvoudig kan worden vastgesteld of deze zijn overtreden. Met werkwoorden als 'rechts houden', 'aangeven' en 'openbaar maken' is immers meestal wel duidelijk wat daarmee wordt bedoeld. In ieder geval is duidelijk dat het geen zorgplichten zijn omdat zij niet als zodanig zijn opgesteld. De kern van de 'feitelijke plichten' is namelijk niet dat bepaalde personen zorgen dat een geheim wordt bewaard, zorg dragen dat hun ambt behoorlijk wordt vervuld of dat die personen de zorg in acht nemen ter terechtzitting te verschijnen. De term 'zorgen' komt daarin immers in het geheel niet terug. Tot slot is van belang dat op dit punt alvast kan worden opgemerkt dat een eventueel aanvaard 'afwezigheid van alle schuld'-verweer met de strekking dat al het mogelijke is betracht te zorgen dat rechts werd gereden, geboorte- of overlijdensaangifte werd gedaan of dat de jaarstukken werden openbaar gemaakt, de zaak zou moeten laten eindigen in ontslag van alle rechtsvervolging.<sup>39</sup> Het zal in latere hoofdstukken de vraag zijn in hoeverre dat eveneens geldt voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbe-

---

<sup>37</sup> B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154, zie p. 93-94.

<sup>38</sup> Art. 3 lid 1 juncto 92 RVV 1990 juncto 177 lid 1 onder d juncto 178 VWW.

<sup>39</sup> Conform bijvoorbeeld Hoge Raad 2 februari 1993, NJ 1993, 476 over aflatoxine-pinda's waarbij overigens geen strafbepaling met een 'verplichting' speelde. Recente jurisprudentie ten aanzien van genoemde bepalingen waarin het 'alle zorg hebben betracht'-verweer werd gevoerd, is niet voorhanden.

palingen.

#### *Inspanning en/of resultaat?*

In deze specifieke context waarin delicten met ‘feitelijke plichten’ worden vergeleken met delicten waarin ‘zorgplichten’ opgenomen staan, zou het ‘zorgen’ veeleer kunnen worden aangeduid als een plicht tot inspanning die tegenover de meer op een resultaat gerichte zwart-wit benadering van de feitelijke plichten staat. Het voorgaande houdt niet in dat zorgplichtbepalingen niet resultaat gericht zijn, maar in vergelijking met de meer ‘feitelijke plichten’ lijkt daarin toch een verschil te zitten. Tegelijkertijd klinkt hierin ook de vaagheid van het werkwoord ‘zorgen’ door. Het is bij lang niet alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin duidelijk welke (mate van) zorg van de geadresseerde wordt verlangd.

#### *Slotsom*

Het maken van het onderscheid tussen bepaalde feitelijke plichten en wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is van belang omdat op deze manier wederom onduidelijkheid kan worden vermeden. Twee dingen kwamen naar voren: zorgplichtbepalingen en bepalingen met daarin feitelijke plichten zijn verschillend. In vergelijking met andere delicten waarin plichten staan opgenomen, is het gedragsbestanddeel ‘zorgen’ uit zorgplichtbepalingen minder scherp.

### **4.4.3 Voortdurende en aflopende delicten**

De derde delictsoort die tot op zekere hoogte aan wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen kan worden gelieerd, wordt gevonden in bepalingen waarin de delictsgedraging als het ware *voortduurt*. In de weinige literatuur die ten aanzien van dit onderwerp bestaat, is zijdelings wel opgemerkt dat ten aanzien van sommige bepalingen van dit ‘voortdurende-type’ het daderschap zonder toerekening van een gedraging kan plaatsvinden en daardoor in het kader van daderschap van rechtspersonen bijzonder kan zijn.<sup>40</sup> Deze rechtstreekse vorm van daderschap zal in latere hoofdstukken ook ten aanzien van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden onderzocht. Daarin is dus de – verderop inhoudelijk te bespreken – verwantschap gelegen tussen zorgplichtbepalingen en deze ‘voortdurende’ delicten. Nu is eerst van belang de voortdurende en aflopende delicten kort te bespreken en daarbij meer bepaald toe te spitsen op delicten waarin de bestanddelen ‘aanwezig hebben’ en ‘voorhanden hebben’ voorkomen. Ten aanzien van dergelijke voortdurende delicten zijn namelijk vorenbedoelde opmerkingen over meer directe vormen van daderschap gemaakt.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 312-313 en R.A. Topping, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 82, 90-91. Zie over rechtstreeks (corporatief) daderschap hoofdstuk 6.

<sup>41</sup> S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 312.

*Voortdurende delicten*

De voortdurende delicten – ook wel aangeduid als ‘verboden toestand’-delicten – kunnen tegenover aflopende delicten worden geplaatst.<sup>42</sup> Het voorbeeld ter illustratie daarvan is bij uitstek art. 282 Sr. Daarin staat het opzettelijk van vrijheid beroofd houden als voortdurend delict tegenover het opzettelijk van vrijheid be-roven als aflopend delict. Voortdurende delicten draaien veelal om specifieke feitelijke verplichtingen zonder meer; dus zonder dat het zorgplichtbepalingen zijn. Het niet nakomen van de verplichting de jaarrekening openbaar te maken<sup>43</sup> en de verplichting bij de burgerlijke stand aangifte te doen van geboorte en overlijden<sup>44</sup> bijvoorbeeld kunnen een voortdurende schending opleveren van de plicht dat wel te doen. Het betreft duidelijke en acceptabele gedragsvoorschriften waarvan eenvoudig kan worden vastgesteld of deze zijn overtreden. In eerdere paragrafen hierboven is al uiteengezet dat dit type plichten niet geheel op één lijn kan worden gesteld met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

*Verhouding tussen zorgplichtbepalingen in enge zin en voortdurende delicten*

Interessant in het licht van de positionering van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is de variant van de voortdurende delicten waarin als gedragsbestanddeel ‘aanwezig hebben’ of ‘voorhanden hebben’ is opgenomen. Zoals gezegd, worden in de literatuur dergelijke delicten veelal aangedragen als voorbeeld in het kader van meer rechtstreekse vormen van ouderschap.<sup>45</sup> Het is van belang daarbij stil te staan omdat die directe ouderschapsvorm later ook bij zorgplichtbepalingen wordt onderzocht.

Voorbeelden van voortdurende delicten worden gevonden in de Opiumwet. Bij ‘aanwezig hebben’ in de zin van art. 2 en 3 Opiumwet is de machtssfeer het kenmerkende aspect van de gedraging.<sup>46</sup> ‘Aanwezig hebben’ houdt niet in dat de dader zelf fysiek ‘aanwezig moet hebben’ maar in geval daarvan geen sprake is, wordt wel een zekere machtsoefening vereist. In die zin is het voortdurende delict van art. 2 Opiumwet zeker functioneel te begaan, aldus A-G Remmelink voor Hoge Raad 15 september 1986.<sup>47</sup> En de Hoge Raad (r.o. 6.2) zelf in het betreffende arrest: *“dat de verdachte ook ten tijde van de aanhouding te Leeuwarden een zodanige macht kon uitoefenen over de door P. onder diens kleding verstopte hashish dat hij, verdachte, geacht kon worden die hashish in de door hem bestuurde*

---

<sup>42</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 79-80.

<sup>43</sup> Art. 2:394 lid 3 juncto lid 1 BW jo art. 1 onder 4 WED.

<sup>44</sup> Art. 448 Sr.

<sup>45</sup> S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend en naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 312. Zie over rechtstreeks (corporatief) ouderschap hoofdstuk 7.

<sup>46</sup> H.J.B. Sackers, ‘De erosie van de geschreven gedraging’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 139-140.

<sup>47</sup> A-G Remmelink voor Hoge Raad 15 september 1986, NJ 1987, 359.

*auto aanwezig te hebben*".<sup>48</sup> Annotator Van Veen geeft onder een ander arrest (Hoge Raad 28 mei 1985, NJ 1985, 822) aan dat het bij aanwezig hebben niet gaat om het eventueel aan een ander toebehoren van de drugs (het gaat met andere woorden dus niet om het civielrechtelijk zijn van eigenaar, bezitter of houder). Verweren met die strekking zou de wetgever juist hebben willen voorkomen door te kiezen voor de formulering 'aanwezig hebben'. Aan het 'aanwezig hebben' worden volgens van Veen wel enkele eisen gesteld. "*Wie aanwezig heeft moet weten dat het goed er is en hij moet bij die aanwezigheid betrokken zijn*".<sup>49</sup> Het aanwezig hebben kent, net als rechts houden in het verkeer (maar dat is nog gecombineerd met een 'plicht'), een eigen betekenis. Blom geeft aan dat het voldoende kan zijn "*als de Opiumwetmiddelen zich bevinden in iemands machtsfeer, in zijn hand, in zijn huis, in zijn auto, tuin etc bevindt, ongeacht wat deze persoon er verder mee heeft uit te staan*".<sup>50</sup> Doordat de betekenis van aanwezig hebben concreet is, kan een belangrijk verschil ten opzichte van zorgplichtbepalingen worden aangewezen, namelijk dat het niet-strafbare zorgen in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen als zodanig vele malen onbepaalder is. Zorgplichtbepalingen waarin het bestanddeel betreffende de gedraging wordt weergegeven als 'zorgen voor veilige exploitatie' en 'zorgen voor bekwaam en bedreven personeel', zijn wat de gedraging betreft meer onbepaald dan delicten waarin het gedragsbestanddeel wordt gevormd door 'aanwezig hebben van een goed'. Vergelijkbare opmerkingen als in het voorgaande zijn gemaakt over 'aanwezig hebben,' kunnen worden gemaakt ten aanzien van het gedragsbestanddeel 'voorhanden hebben van een goed'.<sup>51</sup>

### *Tussenstand*

Bij de voortdurende delicten duurt een toestand voort hetgeen tot op zekere hoogte ook het geval is bij zorgplichtbepalingen. In de literatuur wordt betoogd dat bij voortdurende delicten het daderschap meer direct kan worden vastgesteld dan bij andere delicten. In het bijzonder wordt daarbij gewezen op het gedra-

<sup>48</sup> Hoge Raad 15 september 1986, NJ 1987, 359.

<sup>49</sup> Annotator Van Veen onder Hoge Raad 28 mei 1985, NJ 1985, 822. Zie ook nog de (volgens H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 140 heel ruime) toepassing van Rechtbank Rotterdam 26 januari 2006, NJFS 2006, 169.

<sup>50</sup> T. Blom, *Opiumwetgeving en drugsbeleid*, Deventer: Kluwer 2008, p. 121.

<sup>51</sup> C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, 'Artikel 234, aantekening 8,' "*Voorhanden hebben veronderstelt een zekere machtsrelatie, maar eigendom is niet vereist en directe nabijheid evenmin*". Een dergelijke machtsrelatie is bij zorgplichtbepalingen niet vereist. Bovendien heeft het gedragsbestanddeel 'voorhanden hebben' als verboden toestand, evenals de verboden toestand 'aanwezig hebben', een meer concrete betekenis dan het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel heeft. Zie tevens C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, 'Artikel 416, aantekening 7, onderdeel b' "*De begrippen verwerven, voorhanden hebben en overdragen van een goed veronderstellen feitelijke zeggenschap ten aanzien van het goed, al is niet vereist dat het goed zich in de fysieke nabijheid bevindt*".

gingsbestanddeel 'aanwezig hebben'. Het is een nu nog openstaande vraag in welke mate bij zorgplichtbepalingen eveneens van een meer rechtstreekse daderschapsvorm sprake is. De veronderstelde gelijkenis geeft in ieder geval voldoende aanleiding de delictsoorten naast elkaar te zetten. Het voornaamste verschil tussen de voortdurende delicten en zorgplichtbepalingen blijft het geheel eigensoortige werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. Daarnaast impliceert het 'aanwezig hebben' dat een (rechts)persoon een zekere macht kan uitoefenen en de beslissing zou kunnen nemen niet meer aanwezig te hebben terwijl bij 'zorg dragen' voor daderschap nog maar de vraag is of een dergelijke mogelijkheid aanwezig is (zie hoofdstuk 5 en 6).

#### **4.4.4 Omissiedelicten en oneigenlijke commissiedelicten**

In het kader van oneigenlijke commissiedelicten wordt in de doctrine met enige regelmaat gesproken over, al dan niet bijzondere, zorgplichten. De vraag rijst in hoeverre deze 'bijzondere zorgplichten' verwant zijn aan wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Dezelfde vraag moet worden beantwoord ten aanzien van de verhouding tussen omissiedelicten en zorgplichtbepalingen. Voordat die verwantschap kan worden besproken, zal eerst in algemene termen worden stilgestaan bij omissie- en commissiedelicten. Daarna is aan de orde op welke onderdelen binnen deze delictsoorten een verwante 'zorgplicht' terugkomt. Het belang daarvan is dat wordt gezien waarin zorg/rechts-plichten bij (on)eigenlijke (c)om(m)issiedelicten verschillen en overeenkomsten vertonen ten opzichte van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

##### **4.4.4.1 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen tegenover commissie- en omissiedelicten**

In de meeste strafbepalingen staat straf gesteld op een omschreven actieve gedraging, zoals 'van het leven beroven' (art. 287). Dat de *meeste* strafbepalingen op die wijze zijn vormgegeven, wil niet zeggen dat daaraan een dwingende hoofdregel ten grondslag ligt dat strafbepalingen op een actieve gedraging moeten worden toegeschreven (hoofdstuk 2 en 3). Naast dergelijke commissiedelicten bestaan immers omissiedelicten. Omissiedelicten kunnen bijvoorbeeld zien op het expliciet nalaten een bepaalde gedraging te begaan (bijvoorbeeld art. 192 lid 1 Sr). In de strafbepaling zelf is in die gevallen een passieve gedraging omschreven. Deze passieve gedragingen zijn – zoals in hoofdstuk 3 werd gesteld – geen uitzonderingen op de, zojuist genoemde, vermeende hoofdregel dat delicten alleen middels actieve gedragingen kunnen worden vormgegeven in de wet. Tussen beide delictsoorten bestaat geen hiërarchie. Verschil is slechts dat commissiedelicten, in ieder geval voor wat het commune strafrecht betreft, talrijker zijn in aantal.

##### *Omissiedelicten in het bijzonder*

Voorbeelden van eigenlijke omissiedelicten zijn art. 136 lid 1, 184 lid 1, 192 lid 1, 400 en 450 Sr. De wetgever heeft waarschijnlijk slechts in een beperkt aantal ge-



vallen met omissiedelicten willen werken.<sup>52</sup> Met de omissiedelicten heeft de wetgever er nadrukkelijk voor gekozen het niet voldoen aan een in de betreffende bepaling uitgewerkte, maar niet letterlijk zo genoemde, plicht voor bestraffing vatbaar te maken. In omissiedelicten is aangeduid welke specifieke gedraging niet mag worden nagelaten. Dat kan worden gezien als een plicht, ook al staat die term niet letterlijk in de wet opgenomen. Sterker nog, de bepaling waarin het delict opgenomen staat, is de plicht. Termen als nalaten, niet voldoen aan en wegblijven, zijn in omissiedelicten als gedragsbestanddeel neergelegd. Het gaat in omissiedelicten dus expliciet om het nalaten aan een in het wetsartikel beschreven plicht te voldoen. Gevolg van deze vormgeving is dat de plicht niet elders (lees: buiten het strafrecht) hoeft te worden gezocht,<sup>53</sup> tenzij in de bepaling zelf een dergelijke verwijzing naar 'wet of overeenkomst' staat opgenomen zoals het geval is bij art. 255 Sr. Daarover is in de wetsgeschiedenis gesteld: "*Slechts waar men krachtens wet of overeenkomst tot verzorging verplicht was en het verzaken van dien pligt den hulpbehoevende in gevaar brengt, heeft de staat het regt, daartegen straf te bedreigen*".<sup>54</sup> Ten opzichte van oneigenlijke commissiedelicten is een belangrijk verschil gelegen in de locatie van de bron van de plicht. Dat wordt hieronder uitgewerkt.

#### *Oneigenlijke commissiedelicten*

Oneigenlijke commissiedelicten zijn commissiedelicten waarin een actieve gedraging is omschreven, maar die worden begaan door een passieve gedraging, een nalaten. Bij een oneigenlijk commissiedelict zal een bijzondere rechtsplicht van buiten het strafrecht moeten worden aangewezen. Zonder een dergelijke plicht kan een commissiedelict niet door een omissie worden begaan. Dit vereiste wordt gesteld, omdat daardoor het bereik van het strafbare nalaten bij oneigenlijke commissiedelicten kan worden beperkt.<sup>55</sup> In geval dit anders was, zouden te veel personen kunnen hebben te gelden als dader aangezien velen van hen zouden hebben nagelaten. Wanneer immers een kind sterft doordat het voeding wordt onthouden, zou gechargeerd kunnen worden gesteld dat de hele wereld heeft nagelaten het kind te voeden en daardoor zou iedereen als dader van de in art. 287 Sr omschreven gedraging moeten worden gezien.<sup>56</sup> Om nu te voorkomen dat door onbegrensde toepassing van het nalaten ook de lokale bakker kan worden

<sup>52</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 17-18.

<sup>53</sup> J.W. Smidt, H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Tweede deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink 1891, p. 381 ontleend aan B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154, p. 91.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 565.

<sup>56</sup> Opportuniteit en causaliteit zouden dan overigens aan een uiteindelijke veroordeling in de weg staan. De hele wereld vervolgen is immers zinloos en toerekening van de ingetreden dood aan het nalaten zou vermoedelijk onredelijk zijn.

aangemerkt als dader van de passieve doodslag, is het nalaten begrensd door het vereiste dat voor de dader in het concrete geval een plicht bestond niet na te laten. Een onderscheid zou daarom kunnen worden gemaakt tussen strafrechtelijk relevant 'nalaten' door niet ingrijpende ouders en strafrechtelijk irrelevant 'niets doen' door een niet ingrijpende buurman.<sup>57</sup> De gezochte plichten die de reikwijdte van ouderschap door passief blijven, beperken, plegen te worden gevonden in wetgeving, overeenkomst of bijzondere omstandigheden.<sup>58</sup> Van deze drie plichtsbronnen kunnen de volgende voorbeelden worden gegeven. In geval van doodslag (art. 287 Sr) door de ouder als gevolg van het niet voeden van een kind, kan de bijbehorende plicht worden gevonden in de *wet*, te weten art. 1:247 BW.<sup>59</sup> Voor wat betreft *overeenkomsten* als basis voor de plicht zou gewezen kunnen worden op een beveiligingsbedrijf dat afsprekt te beveiligen tegen inbraak en op de kinderopvang en de gemaakte (mondelinge) overeenkomst op het kind te passen. De *bijzondere omstandigheden* als basis voor een plicht in het kader van nalaten bij een commissiedelict, kunnen bijvoorbeeld zijn dat het zwaar beschnen slachtoffer door de dader, na te zijn in elkaar geslagen, vrijwel naakt in de vrieskou is achterlaten door de dader.<sup>60</sup> In eigenlijk commissiedelicten zelf staan de plichten niet opgenomen. Zoals gezegd, is daarin een voornaam verschil met omissiedelicten gelegen. Omdat het nalaten bij omissiedelicten in de bepaling zelf is opgenomen, bestaat geen behoefte aan een (nadere) begrenzing van het bijbehorende ouderschap en de delictsgedraging.

<sup>57</sup> G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het ouderschap', *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 133. Door Röling werd in dezelfde lijn opgemerkt dat nalaten niet is "niets-doen" maar is "iets niet doen", B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154, zie p. 81 en 133.

<sup>58</sup> J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 166; A.J. Machielse, 'Inleiding. Gedraging, aantekening 6', in: Noyon/Langemeijer/Rummelink, *Het Wetboek van strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.); E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijke persoon', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-31, zie p. 23; H.A. Demeersseman, 'De levensberoving bij de misdrijven tegen het leven', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 105-114, zie p. 112-113; H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Hartevelt e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 550 en B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154, zie p. 138.

<sup>59</sup> Rechtbank Roermond 15 februari 1944, NJ 1946, 177. Of in geval van mishandeling van de kinderen door de partner art. 1:245 en 1:269 BW, Hof Den Haag 9 augustus 1988, NJ 1988, 979.

<sup>60</sup> En geen moord, doodslag of dood door schuld van de *voorbijganger* die het slachtoffer ziet liggen. Daarvoor bestaat hooguit art. 450 Sr en dat is weer geen commissiedelict zodat er voor die omstander ook geen van buiten komende bijzondere rechtsplicht hoeft te worden aangewezen voor een oneigenlijk commissiedelict dat er niet is. Art. 450 Sr is immers een omissiedelict en daarvoor hoeft geen bijzondere rechtsplicht van buiten te worden gezocht en gevonden die het nalaten als invulling van de delictsgedraging beperkt. Die plicht staat immers met zoveel woorden in art. 450 Sr zelf uitgedrukt.

*Keuze voor 'bijzondere rechtsplicht' in het kader van nalaten bij oneigenlijke commissiedelicten*

De bij oneigenlijke commissiedelicten aan te duiden plicht kent in de literatuur vele namen. Problematisch is dat veel verschillende plichten zijn aan te wijzen die door de jaren heen afwijkend zijn geduid. Daaraan is bovendien vaak in de strafrechtswetgeving weer een bijzondere draai gegeven. Dat heeft tot onduidelijkheid geleid. Wolswijk heeft een groot deel van de diverse plichten kort en bondig in kaart gebracht. De navolgende bespreking van zijn (terminologisch)overzicht kan verheldering bieden ten aanzien van de diverse plichten en daarmee indirect ook ten opzichte van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

Wolswijk bespreekt de variatie aan terminologie die in de loop van de jaren is gebruikt. In de context van ouderschap op grond van nalaten, kunnen vier verschillende plichten worden aangeduid: bijzondere rechtsplicht, algemene rechtsplicht, algemene zorgplicht en bijzondere zorgplicht. De bijzondere rechtsplicht is de oudste variant. Het is een plicht die geheel losstaat van de strafbepaling in kwestie en die buiten het strafrecht moet worden gevonden in wet, overeenkomst of bijzondere omstandigheden.<sup>61</sup> De tweede variant is de algemene rechtsplicht.<sup>62</sup> Dit betreft de plicht de delictsgedraging niet te verrichten. Ten derde wijst Wolswijk op de algemene zorgplicht.<sup>63</sup> De algemene zorgplicht behelst de plicht het aan de strafbaarstelling ten grondslag liggende rechtsgoed niet te krenken. De vierde plicht tot slot is de bijzondere zorgplicht.<sup>64</sup> Een persoon zou in het bijzonder geroepen moeten zijn tot een bepaalde gedraging. Deze plicht is veelal gekoppeld aan een bepaalde hoedanigheid en daaruit volgend een *garantenstellung*. Die hoedanigheid ontstaat op vergelijkbare wijze als de eerste variant (de bijzondere rechtsplicht), namelijk voortkomend uit wet, overeenkomst of bijzondere omstandigheden.

Wolswijk stelt dat de tweede variant (algemene rechtsplicht) en de derde variant (algemene zorgplicht) geen toegevoegde waarde hebben.<sup>65</sup> De overbodigheid van de algemene rechtsplicht de delictsgedraging achterwege te laten, dan wel de algemene zorgplicht het rechtsgoed niet te krenken, spreekt voor zich. Waarom zouden de betreffende delicten anders in een strafwet zijn neergelegd? Ook Van Woensel kan zich niet vinden in de benadering ten aanzien van algeme-

<sup>61</sup> H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 550. Verwijzend naar onder meer G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht* (bijgewerkt door J.V. van Dijk), Haarlem: De erven F. Bohn / 's Gravenhage: Gebr. Belinfante 1927 en D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken*, Groningen: P. Noordhoff 1927.

<sup>62</sup> H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 561-562.

<sup>63</sup> Idem, zie p. 558.

<sup>64</sup> Idem, zie p. 557.

<sup>65</sup> Idem, zie p. 564-565.

ne zorgplichten zoals bijvoorbeeld Knigge<sup>66</sup> die heeft uitgedragen. Zij geeft de voorkeur aan de bijzondere variant van plichten.<sup>67</sup> De eerste en vierde variant hebben aanleiding gegeven tot onduidelijkheid. Voor welke aanduiding moet worden gekozen bij het benaderen van oneigenlijke commissiedelicten: de bijzondere *rechts*plicht of de bijzondere *zorg*plicht? Aangezien de andere (niet bijzondere maar algemene) varianten, zoals Wolswijk laat zien, ofwel onduidelijk zijn, ofwel zijn afgeleid van de bijzondere *rechts*plicht, is begrijpelijk dat de strijd gaat tussen de 'bijzondere *rechts*plicht' en de 'bijzondere *zorg*plicht'. De balans slaat bij de terminologische afweging door naar de bijzondere *rechts*plicht. De eenvoudigste reden daarvoor is dat die er het eerst was: "*de bijzondere rechtsplicht, opgevat als een rechtsplicht die geheel los staat van de betreffende straf bepaling, is de plicht met de 'oudste rechten'*".<sup>68</sup> De bijzondere *rechts*plicht lijkt inderdaad de plicht met de oudste rechten. In de achttiende eeuw bijvoorbeeld verstaan Moorman en Van Hasselt in hun afzonderlijk geschreven maar gezamenlijk gepubliceerde werk – zoals zij zelf aangeven weliswaar in afwijking van de meeste rechtsgeleerden uit die tijd – onder misdaad niet alleen al het bedrijf, maar ook al het verzuim dat volgens de wet strafwaardig is. Het verzuim wordt door hen ingevuld met nalatigheid waaronder zij verstaan "*niet alleen eene verwaerloosing van die bysondere plichts-betrachting, tot welke iemant, uit kragte van syne Bediening, of Beroep, is verbonden*" maar "*gelyk het eene misdaet van daetlykheit is, selfs iets ongeoorlofts te doen, soo rekene ik het ook eene misdaet van nalaetigheid, te gedoogen, als men het kan beletten, dat het door een ander gedaan worde*".<sup>69</sup> Naar aanleiding van de naar vernieuwing zoekende strafrechtstheorieën van Nieboer en Strijards, lijkt men begin jaren negentig nog wel de neiging te hebben gehad te spreken van bijzondere *zorg*plichten.<sup>70</sup> Dat de term *rechts*plicht eerder het levenslicht heeft gezien, is doorslaggevend wanneer wordt gekozen tussen twee inhoudelijk vrijwel identieke bijzondere plichten. Bovendien zou een ongebreidelde gebruik van de term 'zorg' kunnen leiden tot verzadigdheid en daarmee onbruikbaarheid van het begrip. Het zou in ieder geval onwenselijk bijdragen aan het verworden tot een containerbegrip van de term 'zorgplicht'. Wanneer het dus gaat over oneigenlijke commissiedelicten, zou – gezien het overzicht van Wolswijk – moeten worden gesproken van *bijzondere rechts*plichten die het bereik van strafbaar nalaten beperken.

Daarbij drukt de 'rechtsplicht' tevens uit dat de vraag moet worden beant-

<sup>66</sup> G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap', *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154, zie p. 135-136.

<sup>67</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 77.

<sup>68</sup> H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565, zie p. 565.

<sup>69</sup> J. Moorman en J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764, p. 2.

<sup>70</sup> Zie bijvoorbeeld A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 77.

woord of de plicht ook in rechte (met name in het strafrecht) is erkend. Dat is namelijk niet voor elke plicht vanzelfsprekend.

De keuze voor de benaming 'bijzondere rechtsplicht' sluit aan bij recente jurisprudentie van de Hoge Raad betreffende het afleggen van een valse verklaring door bepaalde feiten juist niet te vermelden. Het ging met andere woorden om meened door nalaten, dus gegoten in de vorm van een oneigenlijk commissiedelict. Niet kan *"worden uitgesloten dat in bijzondere gevallen de omstandigheid dat een of meer feiten niet in het relaas zijn opgenomen, tot gevolg heeft dat hetgeen wel is opgenomen een valse verklaring in de zin van art. 207 Sr oplevert. Daarvan kan sprake zijn indien een rechtsplicht bestaat tot het vermelden van een bepaald feit en die plicht - opzettelijk - is geschonden"*.<sup>71</sup> De Hoge Raad heeft het zodoende voor wat betreft de opzettelijk te schenden plicht over 'bijzondere gevallen', 'de omstandigheid' en een 'rechtsplicht'. In casu was niet voldoende duidelijk gemaakt waarop de rechtsplicht was gebaseerd. Slechts werd door het Hof gewezen op het ruime art. 152 Sv dat daarvoor niet toereikend bleek te zijn. De uitspraak werd gecasseerd en verwezen naar het Hof Amsterdam. In de daarna gevoerde tweede cassatie vond de Hoge Raad *"'s Hofs oordeel dat onder de door het Hof vastgestelde omstandigheden voor de verdachte een rechtsplicht bestond in het proces-verbaal van aanhouding van F. melding te maken van het richten van het dienstwapen op A"*. niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting noch onbegrijpelijk.<sup>72</sup> De verdachte had volgens het Hof, gezien de in een eerdere overweging opgesomde bijzondere omstandigheden, moeten begrijpen dat het richten van het dienstvuurwapen in onderhavig geval redelijkerwijs van belang kon zijn voor de door de officier van justitie te nemen beslissing omtrent vervolging en voor de door de rechter in een strafzaak in dit geval te nemen eindbeslissing. Aldus was sprake van een rechtsplicht op basis van een koppeling tussen de bijzondere omstandigheden van het geval en een wettelijke bepaling (art. 152 Sv).<sup>73</sup> Opvallend is dat het bijvoeglijk naamwoord 'bijzonder' voor rechtsplicht niet voorbij komt. Althans, die term wordt door de Hoge Raad in dit concrete geval niet als zodanig gebruikt.<sup>74</sup> Het kan echter geen kwaad op deze manier in de literatuur te blijven uitdrukken dat een bijzondere rechtsplicht en een algemene rechtsplicht verschillende grootheden zijn.

<sup>71</sup> Hoge Raad 21 januari 2003, NJ 2004, 364, m.nt. D.H. de Jong, r.o. 3.4.

<sup>72</sup> Hoge Raad 7 februari 2006, NJ 2007, 396, m.nt. D.H. de Jong, r.o. 3.4.

<sup>73</sup> Waarbij tekstueel werd aangesloten bij de jurisprudentie inzake art. 152 Sv, Hoge Raad 19 december 1995, NJ 1996, 249, m.nt. T. Schalken, r.o. 11.2.1: *"Redelijke uitleg van die bepaling in het licht van de aan een eerlijk proces te stellen eisen brengt het volgende mee. Het staat de in die bepaling genoemde opsporingsambtenaren slechts dan vrij het opmaken van een proces-verbaal achterwege te laten ingeval hetgeen door hen is verricht of bevonden naar hun, aan toetsing door de officier van justitie onderworpen, oordeel redelijkerwijs niet van belang kan zijn voor enige door de rechter in het eindonderzoek te nemen beslissing"*.

<sup>74</sup> De term kwam wel voorbij in het kader van passieve medeplichtigheid, Hoge Raad 12 december 2000, NJ 2002, 516, r.o. 3.2.2.

*Plichten ter begrenzing van nalaten bij andere delictsvormen?*

De vraag rijst naar de begrenzing van het nalaten bij delictsvormen die noch commissie-, noch omissiedelict zijn. In sommige wetsartikelen staat incidenteel niet direct een delictsgedraging opgenomen. Het is van belang in onderhavige omissie/commissie-context kort voor deze andere delictsoorten een contextuele plaats te bepalen. Wat te denken van bijvoorbeeld culpoze gevolgsdelicten zoals art. 307 Sr waarin geen gedraging staat omschreven? Een omissiedelict kan dit niet zijn omdat geen actieve gedraging in de delictsomschrijving staat opgenomen. Een omissiedelict is het echter evenmin. Desondanks zal voor ouderschap en de verdere stappen op weg naar strafbaarheid de ingang moeten worden gevonden in een gedraging waardoor het gevolg werd veroorzaakt. Met de constatering dat dergelijke gevolgsdelicten omissie- noch commissiedelict zijn, rijst de vraag naar het begaan door nalaten van dit type delicten. Bij omissiedelicten stond de plicht immers in de bepaling zelf en bij oneigenlijke commissiedelicten moest een bijzondere rechtsplicht 'van buiten' worden gehaald.

Het lijkt raadzaam ook in gevallen waarin het wetsartikel een redactie kent zonder delictsgedraging, en in het concrete geval het ouderschap wordt gebaseerd op een nalaten, in dergelijke gevallen aan te nemen dat ook dan een bijzondere rechtsplicht buiten de bepaling zelf zal moeten worden gezocht ter begrenzing van het bestrafbare nalaten. Wellicht kan dit vereiste steeds gelden wanneer sprake is van een door nalaten begaan strafbaar feit dat niet als omissiedelict is vormgegeven. Met andere woorden: iedere keer dat een ander delict dan een omissiedelict wordt begaan door louter nalaten, dient ter begrenzing van dat nalaten een plicht te worden gevonden die door de dader moet zijn geschonden omdat anders het strafrecht vanuit democratisch rechtstatelijk perspectief niet zou mogen worden toegepast.

*Oneigenlijke commissiedelicten versus omissiedelicten*

Naar aanleiding van voorgaande bespreking en terminologische tussenstap, is het goed omissiedelicten en oneigenlijke commissiedelicten tegenover elkaar te plaatsen. In omissiedelicten wordt straf gesteld op het niet achterwege laten (het begaan) van een specifiek genoemd nalaten. De betreffende omissiebepaling belichaamt als zodanig de plicht. Om binnen het bereik van een eigenlijk omissiedelict als art. 450 Sr te vallen, hoeft daarom geen aparte rechtsplicht meer te worden aangewezen 'van buiten' het strafrecht. Het bereik van het strafrechtelijk nalaten is in de bepaling zelf immers al beperkt. Dat is anders bij oneigenlijke commissiedelicten. Bij het oneigenlijk begaan van een commissiedelict constitueert het nalaten het ouderschap. Tegelijkertijd dient een bijzondere rechtsplicht van elders te worden aangewezen die het bereik van het nalaten streng beperkt. Dat is een extra stap op de weg naar ouderschap en strafbaarheid. In gevallen waarin zich een oneigenlijk commissiedelict voordoet, lijkt het daarom praktisch eerst het bestaan van een eigenlijk omissiedelict te onderzoeken.

#### 4.4.4.2 Tussenstand omissie- en commissiedelicten

De gedachte achter de bespreking van verschillende delictsoorten die op het eerste oog verwant lijken aan wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, zit in een aantal niet onbelangrijke verschillen. Ten aanzien van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zou kunnen worden aangevoerd dat daar geen sprake kan zijn van een bijzondere daderschapsconstructie omdat het in de kern omissiedelicten zouden zijn waarbij ook op dezelfde manier tot daderschap en strafbaarheid zou moeten worden gekomen. Het is juist dat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin deels kunnen worden gezien als omissiedelicten. In omissiedelicten staan een concrete plicht en de geadresseerde, meestal duidelijk, opgenomen. Bij de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin hoeft daarom, net zoals bij omissiedelicten het geval is, geen bijzondere plicht van elders (i.e. buiten het strafrecht in wetten, overeenkomsten of bijzondere omstandigheden) te worden gezocht. In het geval van omissiedelicten en wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zijn namelijk de vereiste mate van gedraging respectievelijk zorg en degene die deze te betrachten heeft, in de strafbepalingen zelf neergelegd.

Deze overeenkomsten betekenen uiteraard niet dat elk omissiedelict moet worden opgevat als zorgplichtbepaling. Zo is art. 450 Sr wel een eigenlijk omissiedelict, maar is het geen zorgplichtbepaling in de hier onderzochte zin. Het voornaamste verschil is gelegen in de omschrijving van de delictsgedraging. Verondersteld wordt, en dat zal in navolgende hoofdstukken nader worden onderzocht, dat de zorggedraging een andere strafrechtelijke delictsgedraging is, dan nalaten is. Een ander verschil tussen beide is dat het, wegens de veelal gelede normstelling waarmee zorgplichtbepalingen samengaan, een flinke zoektocht kan zijn voordat helder is welke situatie een schending van de toepasselijke bepaling oplevert. Een probleem daarnaast is dat veel zorgplichtbepalingen bijzonder ruim geformuleerd lijken hetgeen bij omissiedelicten juist niet het geval is. Dat geeft vanuit het legaliteitsbeginsel bezien meer aanleiding tot rechtsstatelijk georiënteerde vragen dan naar aanleiding van omissiedelicten rijzen.

Voor wat betreft de verhouding tussen oneigenlijke commissiedelicten en zorgplichtbepalingen nog het volgende. De overeenkomsten tussen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin en omissiedelicten werken in de hand dat hetgeen over de verhouding tussen oneigenlijke commissiedelicten en omissiedelicten is gezegd, in gelijke mate geldt voor de verhouding tussen oneigenlijke commissiedelicten en wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Kenmerkend blijft de locatie van de ter begrenzing van de strafrechtelijke passiviteit verlangde bijzondere plicht die immers in geval van oneigenlijke commissiedelicten van buiten de bepaling moet komen hetgeen bij omissiedelicten en wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin niet het geval is. Bij deze twee laatstgenoemde delicten staat de daderschapsbegrenzende plicht, zoals gezegd, al in de bepaling zelf. De bepaling is de bestrafbare plicht.

#### 4.5 Samenvatting en opmaat naar het volgende deel

In de eerste hoofdstukken is van algemeen naar bijzonder gebouwd aan een noodzakelijke opmaat richting de hoofdstukken 5, 6 en 7. Het was nodig dat eerst werd uiteengezet welke algemene strafrechtelijke denkbeelden een rol spelen in dit onderzoek. In het eerste gedeelte van het onderzoek zitten daarom aspecten van een rechtsstatelijk toetsingskader (hoofdstuk 2), de positie en inhoud van strafrechtelijk ouderschap (hoofdstuk 3), een aanduiding van het onderzoeksobject en de afbakening casu quo theoretische plaatsbepaling van dat onderwerp (hoofdstuk 4). Met andere woorden: voordat kan worden beoordeeld of het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin houdbaar is in een democratische rechtsstaat, was het van belang dat vooraf een aantal algemenere stappen werd gezet.

Eerst moest worden bekeken wat de ingang is naar bestraffing in een democratische rechtsstaat en waarom dat de ingang is. De ingang naar uitoefening van het *ius puniendi* wordt gevonden in de ‘gedraging’. Die ingang geldt als *optimale* ingang, omdat het meer recht doet aan de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat dan een alternatieve ingang als bijvoorbeeld een ‘rechtsgoedschending’ dat doet. Duidelijk werd, dat voor die rangschikking twee karakteristieken van de gedraging bepalend zijn. De gedraging is ten eerste waarneembaar en kan ten tweede op unieke wijze worden verbonden aan de dader. Daarmee wordt recht gedaan aan de vrije wil die een burger heeft. Hij kan slechts gestraft worden voor dát waarover hij controle had. Aan de hand van de twee voornoemde karakteristieken moet later de delictsgedraging van zorgplichtbepalingen worden gewogen. Daarnaast is tegen de achtergrond van de rechtsstaat van belang dat zowel de wetgever als de rechter een onvermijdelijke rol speelt bij de bepaling van wat strafbaar is. Die verhouding is delicaat en het primaat binnen de rechtsvorming ligt rechtsstatelijk gezien in beginsel bij de wetgever.

Voordat tot rechtsstatelijke weging van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen kan worden overgegaan, is het van belang te kijken naar de geldende materiele strafrechtelijke context. De rechtsstatelijke gedraging die waarneembaar en individualiseerbaar is, wordt in het materiele strafrecht aangeduid als complex van doen en/of laten. De gedraging blijkt in het materiële strafrecht al vanaf eind negentiende eeuw meer te zijn dan een ‘gewilde spierbeweging’ of ‘spierfysieke handeling’. De uit een doen en/of laten bestaande gedraging bepaalt het ouderschap. Directer geformuleerd: geen ouderschap zonder gedraging. Om te achterhalen hoe het ouderschap bij zorgplichtbepalingen werkt, is het dus van belang te kijken naar de delictsgedraging in een zorgplichtbepaling.

Alvorens werkelijk naar de zorggedraging kan worden gekeken, was het in het bovenstaande van belang het exacte voorwerp van onderzoek af te bakenen. Op het terrein waarin het zorgplichtonderwerp zich bevindt, zijn uiteenlopende aanduidingen te vinden. Daardoor ligt het risico van verworden tot containerbegrip op de loer. Dat gevaar zou voor zorgplichtbepalingen niet aan de orde hoeven te zijn omdat dat geen onderwerp is waaraan door de literatuur spontaan eigen (verwarrende) labels zijn geplakt. Het is immers de wetgever zelf geweest die



heeft gekozen voor het gebruik van de term ‘zorgen’ als bestanddeel en daarmee de zorgplichtbepaling tot zorgplichtbepaling heeft gemaakt. Desondanks bleek in de literatuur en uiteindelijk ook weer door de wetgever zelf onder de aanduiding ‘zorgplichtbepaling’ een breed scala aan diverse delicten te worden gevat. Deze delicten zijn soms zelfs zo uiteenlopend dat het enige dat ze bindt, de vaagheid en onbestemdheid van die bepalingen is. Ieder ook maar enigszins vage artikel is in die benadering een zorgplichtbepaling. Het gevolg van die wijdlopiegheid is dat een eventuele materieelrechtelijke werking ten aanzien van de ene zorgplichtbepaling bepaald niet vanzelfsprekend ook voor de andere geldt. Voor wat betreft de zorgplichtbepalingen is daarom onderscheiden tussen *ruime* zorgplichtbepalingen en *enge* zorgplichtbepalingen. Op de materieelrechtelijke werking van laatstgenoemde categorie focust dit onderzoek. Meer specifiek is het voorwerp van onderzoek het gedragsbestanddeel in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Deze zorgplichtbepalingen worden gekenmerkt door het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. De – niet gangbare – benaming ‘zorgplichtbepaling *in ruime zin*’ is gereserveerd voor de eerder genoemde overkoepelende variant.

Daarnaast was in het hoofdstuk dat hier wordt afgesloten een afbakening nodig tussen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin enerzijds, en reguliere delictsvormen anderzijds. Daarbij zijn de vermoedens uitgesproken dat zorgplichtbepalingen in enge zin voor wat betreft het daderschap anders zijn dan gevaarzettingsdelicten, feitelijke plichten zonder zorggedraging, voortdurende delicten, omissiedelicten en oneigenlijke commissiedelicten. Daartoe is gewezen op de materieelrechtelijke werking van die delictsoorten en geopperd dat aan die inhoudelijke zijde onoverbrugbare verschillen kleven ten opzichte van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Ten aanzien van deze zorgplichtbepalingen is echter bij de materieel strafrechtelijke kant nog niet stilgestaan. In het vervolg van dit onderzoek zal die inhoudelijke richting onder de loep worden genomen.

De vraag in de volgende hoofdstukken zal zijn wat ten aanzien van zorgplichtbepalingen in de wetsgeschiedenis van recente bepalingen is meegegeven. Aan een nader onderzoek worden voornamelijk die zorgplichtbepalingen onderworpen die in de Wet op de economische delicten een significant deel van het orderingsrecht bestrijken. Gekeken wordt naar de werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin op het terrein van financieel toezichtrecht, milieurecht, arbeidsrecht en vervoerrecht. Daarnaast worden de commune bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht besproken die vallen binnen het bereik van de aanduiding ‘wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin’.

De bevindingen uit het vijfde hoofdstuk zullen worden uiteengezet in hoofdstuk 6 en vervolgens in datzelfde hoofdstuk nader worden geproblematiseerd. Het langs die weg te verkrijgen beeld van de bijzondere daderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, zal uiteindelijk tegen het democratisch rechtsstatelijk licht worden gehouden in de slotbeschouwing van hoofdstuk 7.



## HOOFDSTUK 5

### WETTELIJKE STRAFRECHTELIJKE ZORGPLICHTBEPALINGEN IN ENGE ZIN

#### 5.1 Inleiding: materieelrechtelijke bijzonderheden van ouderschap bij zorgplichtbepalingen

Het strafrechtelijk ouderschap is in een rechtsstaat geconstrueerd rond een gedraging. De gedraging is het aanknopingspunt op weg naar bestraffing door de overheid. Deze gedraging en het daarmee samenhangende ouderschap vormen de ingang voor acceptabele uitoefening van het *ius puniendi* van de overheid (hoofdstuk 2). Het ouderschap en de gedraging lijken heden ten dage in beweging te zijn. Als onderdeel van die beweging wordt wel op de opkomst van zorgplichtbepalingen gewezen. De vermeende opkomst van zorgplichtbepalingen moet worden gerelativeerd (hoofdstuk 3). Naast dat de term 'zorgplichtbepaling' veelomvattend is en daardoor een breed scala aan ontwikkelingen kan omvatten zodat daarover weinig opmerkingen in algemene zin kunnen worden gemaakt, lijkt – in ieder geval ten aanzien van de enge variant – veeleer sprake te zijn van een wederopstanding of herontdekking van zorgplichtbepalingen dan dat sprake is van een nieuw opgekomen fenomeen. Specifiek voor wat betreft de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin – zoals die in het vierde hoofdstuk zijn besproken en ingekaderd – is het nog maar de vraag in hoeverre deze delictsoort 'modern' en 'van deze tijd' kan worden genoemd. Tegelijkertijd valt op dat over wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen niet bijzonder veel wordt geschreven. In de gevallen waarin wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen wel worden besproken, staat voornamelijk de effectiviteit en de juridische aanvaardbaarheid van zorgplichtbepalingen centraal.<sup>1</sup> In rapporten van werkgroepen gaat het veelal over kosten, handhaafbaarheid, structuur van de betreffende regeling in het geheel en de keuze voor het al dan niet gebruik maken van (strafrechtelijke) zorgplichtbepalingen.<sup>2</sup> Ook in het proefschrift van Visser over zorgplichtbepalingen in ruime zin staan met name de strafbaarstellingsbeslissing en de algemene vereisten van behoorlijke regelgeving centraal.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> M.S. Groenhuijsen, 'Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht', In: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken: Beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 1-19, zie p. 10 over het kritische Advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten inzake Zorgplichtbepalingen van 20 augustus 1990 (CTW 90/6).

<sup>2</sup> Nota 'Met recht verantwoordelijk', *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 664, nr. 2, Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14 en Werkgroep Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 383, nr. 51.

<sup>3</sup> M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.

*Materieelrechtelijke positionering?*

De strafrechtelijk inhoudelijke zijde van zorgplichtbepalingen en de strafprocesrechtelijke consequenties van die materieelrechtelijke invulling is nergens speerpunt van onderzoek geweest. Hooguit is soms de impliciet materieel strafrechtelijke opmerking te lezen dat zorgplichtbepalingen de bewijslast verlichten en de handhaving vergemakkelijken. Waar enerzijds zodoende vanuit doctrine en regelgeving weinig wordt voorzien in materieel strafrechtelijk inhoudelijke bespiegelingen betreffende de ouderschapsproblematiek bij zorgplichtbepalingen, blijkt anderzijds in de strafrechtspleging over de inhoud van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin onduidelijkheid te bestaan. Het Openbaar Ministerie heeft, in een wat zij zelf een gering strafwaardige zaak noemde, het (corporatief) ouderschap bij een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin tegenover de Hoge Raad geproblematiseerd.<sup>4</sup> In hoeverre daaruit werkbare oplossingen zijn voortgekomen, wordt in het volgende hoofdstuk besproken. Het is daaraan voorafgaand van belang in dit hoofdstuk eerst vast te stellen dat ten aanzien van bepaalde zorgplichtbepalingen een materieelrechtelijke leemte bestaat waarvan het wenselijk is dat die wordt opgevuld. De belangrijke vraag daarna is hoe het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin functioneert en in welke mate de betreffende ouderschapsconstructie voldoet aan de eisen die in een rechtsstaat aan de toepassing van het strafrecht mogen worden gesteld.

*Voorwerp en aanpak van onderzoek*

In dit vijfde hoofdstuk zal zodoende worden gezocht naar aanwijzingen waaruit kan worden afgeleid wat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin vanuit materieel strafrechtelijk perspectief bijzonder maakt. Aangezien over die specifiek inhoudelijke kant middels beleidsnota's en rapporten weinig is meegegeven, zal worden gekeken naar wat door de wetgever is overwogen bij de totstandkoming van heden ten dage geldende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Niet *alle* wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zijn onderzocht. Het onderzoek is beperkt tot de betreffende paar bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en de bepalingen uit het merendeel van de wetten dat staat opgenomen in de Wet op de economische delicten.

Bij de bespreking van deze bepalingen zal tevens kort aandacht bestaan voor de (beperkte hoeveelheid) rechterlijke uitspraken die de laatste decennia ten aanzien van de onderzochte zorgplichtbepalingen zijn geweest. Met de gecombineerde bespreking van wetsgeschiedenis en de weinige jurisprudentie ter zake van tegenwoordig geldende zorgplichtbepalingen, kan een actueel positiefrechtelijk overzicht worden geboden van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

Ten aanzien van de jurisprudentie moet vooraf nog het volgende worden opgemerkt. De aandacht gaat voornamelijk uit naar *recente* jurisprudentie omdat in

---

<sup>4</sup> Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362.

voorliggend onderzoek aan de orde is in hoeverre de bijzondere verhouding tussen 'zorgen' en ouderschap in het momenteel geldende positieve strafrecht doorklinkt. Voor de jurisprudentieoverzichten zijn uitvoerig de algemene OpMaat database,<sup>5</sup> de strafrechtelijke OpMaat database,<sup>6</sup> de Kluwer databases Navigator<sup>7</sup> en Knowledge Portal (Legal Office Strafrecht)<sup>8</sup> en de database van de Rechtspraak<sup>9</sup> onderzocht. Vooraf past een waarschuwing: de jurisprudentiële vangst is mager.

Naast deze nationale invalshoek is het van belang te weten dat af en toe een Nederlandse regeling is geïnspireerd door Europese initiatieven. Hoewel deze initiatieven niet de nationale materieel strafrechtelijke inhoud kunnen bepalen van gedragsbestanddelen die al voor het bestaan van enig Europees orgaan in het Nederlandse strafrecht voorkwamen, zal waar mogelijk worden gezien of men op Europees niveau een bepaalde gedachte had bij regelingen waarin werd gekozen voor het werken met het gedragsbestanddeel 'zorgen'. Van doorslaggevende betekenis in onderhavig onderzoek zal dit evenwel niet kunnen zijn omdat het hier uiteindelijk gaat om wat de Nederlandse strafwetgever (en strafrechter) over gedragsbestanddelen in een strafbepaling overweegt. Voor de betreffende gedragsbestanddelen zal immers een plaats moeten worden gevonden in de *nationale* strafrechtssystematiek.

### *Paragraafopbouw*

In hoofdstuk 4 is een opsomming gegeven van de vigerende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin waarop voorliggend onderzoek ziet. Daarbinnen kan worden onderscheiden tussen commune bepalingen en bijzondere bepalingen die zijn neergelegd in wetten die in de eerste artikelen van de Wet op de economische delicten voorkomen. Binnen de bijzondere bepalingen kan weer worden onderscheiden naar een aantal sectoren dat betrekking heeft op milieu, arbeid, vervoer en het financiële veld. Deze onderverdeling zal worden aangehouden in de opbouw van de navolgende paragrafen. Daarbinnen zal naar aanleiding van de wettekst per delict worden gekeken naar de (i) inhoud van de strafbepaling gericht op sanctie, misdrijf/overtreding, geadresseerde en zorggedraging, (ii) opmerkelijkheden, (iii) de zorggedraging in de wetsgeschiedenis en (iv) recente jurisprudentie. Aansluitend op de geïsoleerde bespreking van de delicten, zal in het volgende hoofdstuk worden gezien hoe de ouderschapsconstructie van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in elkaar steekt en in hoeverre die constructie vanuit normatief rechtsstatelijk perspectief houdbaar zou kunnen zijn.

---

<sup>5</sup> <http://opmaatnieuw.sdu.nl/opmaat/Welcome.do>.

<sup>6</sup> <http://opmaatstrafrecht.sdu.nl/opmaatstrafrecht/Welcome.do>.

<sup>7</sup> <http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>.

<sup>8</sup> [http://jade.wkn.nl/kportalnew/application?j\\_username=pnglosr&j\\_password=p11411](http://jade.wkn.nl/kportalnew/application?j_username=pnglosr&j_password=p114115111&origin=login.jsp&event=button.login&namespace=security)

<sup>9</sup> <http://www.rechtspraak.nl>.

## 5.2 Commune zorgplichtbepalingen in enge zin

In het Wetboek van Strafrecht staan al vanaf 1886 wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen opgenomen. Zo wordt met geldboete van de tweede categorie gestraft de schipper van een Nederlands vaartuig die *niet zorgt* dat aan boord van zijn vaartuig de bij de wet vereiste dagboeken overeenkomstig de wettelijke voorschriften worden gehouden (art. 471 lid 1 onder 1 Sr). Met geldboete van de eerste categorie wordt de persoon gestraft die *niet zorgt* dat een door hem of op zijn last op een openbare weg gedane op- of uitgraving of een door hem of op zijn last op de openbare weg geplaatst voorwerp behoorlijk verlicht en van de gebruikelijke tekens voorzien is (art. 427 onder 2 Sr). Een andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling wordt gevonden in het reeds eerder in paragraaf 4.4 besproken art. 425 onder 2 Sr dat hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie in het vooruitzicht stelt aan degene die *geen voldoende zorg draagt* voor het onschadelijk houden van een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier. Tot slot kan in het commune strafrecht één delict worden aangewezen dat niet een overtreding maar een misdrijf is en dat valt binnen de hier gehanteerde definitie van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Ingevolge art. 402 Sr kan met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie worden gestraft de schipper van een Nederlands schip die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen of zodanige bevoordeling te bedekken, *niet zorgt* dat aan boord de vereiste dagboeken overeenkomstig de wettelijke voorschriften worden gehouden, hetzij bij het verlaten van het schip *niet zorgt* voor het behoud van de scheepspapieren.

### 5.2.1 Commune zorgplichtbepalingen en recente jurisprudentie

In het Wetboek van Strafrecht staan aldus tegenwoordig vier delicten die kunnen worden aangemerkt als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Een rondgang langs gepubliceerde jurisprudentie leert dat de laatste twee decennia vrijwel geen uitspraken zijn gepubliceerd over de in het onderstaande te behandelen *commune* wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen.<sup>10</sup> De korte bespreking ervan kan daarom – anders dan bij de later te bespreken *bijzondere* zorgplichtbepalingen – hier al plaatsvinden voorafgaand aan de verdere uitwerking van de commune bepalingen zelf. In 1966 is door de Rotterdamse rechtbank een vonnis gewezen betreffende art. 402 Sr.<sup>11</sup> Het zorgen stond opgenomen in de betreffende tenlastelegging maar kreeg geen bijzondere aandacht. Over art. 425 Sr zijn uitspraken gedaan in 1987, 1989 en 1992.<sup>12</sup> De uitspraak uit 1987 had

---

<sup>10</sup> Zoektermen 402, 425, 427, 447 en 471 in combinatie met Sr, WvSr, strafrecht of wetboek gaven op rechtspraak.nl (in tegenstelling tot een combinatie met bijvoorbeeld art. 287 en 310) geen resultaten. Ook de Sdu databank bij OpMaat gaf geen hits voor het laatste decennium. Hetzelfde geldt voor de jurisprudentie database van Kluwer, met uitzondering van na te noemen beschikking uit 2008 betreffende art. 425 Sr.

<sup>11</sup> Rechtbank Rotterdam 8 februari 1966, NJ 1968, 157.

<sup>12</sup> Hoge Raad 23 juni 1987, NJ 1988, 322, Hoge Raad 28 februari 1989, NJ 1990, 8 en Hoge Raad 10 maart 1992, NJ 1992, 571.

betrekking op het eerste onderdeel van art. 425 Sr dat geen zorgplichtbepaling is en de uitspraken uit 1989 en 1992 zagen op de 'gevaarlijkheid' van het betreffende dier. Daarnaast is een beschikking uit 2008 te vinden waarin een art. 12 Sv-beklag, inhoudende dat Diergaarde Blijdorp zou moeten worden vervolgd wegens het onvoldoende zorgen voor het onschadelijk houden van gorilla Bokito (art. 425 sub 2 Sr), werd afgewezen.<sup>13</sup> Voor wat betreft art. 427 Sr konden vooral uitspraken worden gevonden over sub 6 dat geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling is.<sup>14</sup> Eén arrest van de Hoge Raad ging wel over art. 427 onder 2 Sr.<sup>15</sup> Het gedragsingsbestanddeel 'zorgen' vormde evenwel ook daar geen punt van aandacht. De betreffende uitspraak ging in de kern om art. 55 Sr en het generalis-specialis vraagstuk. Ten aanzien van art. 471 Sr tot slot zijn de laatste decennia evenmin voor het 'zorgen' relevante gepubliceerde uitspraken te vinden. Bij het gedragsingsbestanddeel zorgen is met andere woorden in de commune jurisprudentie van de laatste jaren niet bijzonder stilgestaan. Mede daardoor wint de vraag aan importantie waar – in welke juridische bron – dan wel tekst en uitleg kan worden gevonden betreffende de materieelrechtelijke werking van het 'zorgen' in de huidige commune wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. De daarom hierna te beantwoorden vraag is wat de commune wetgever heeft meegedeeld over het gedragsingsbestanddeel 'zorgen' (of afgeleiden daarvan).

### 5.2.2 Art. 402 Sr – 'niet zorgen'

Art. 402 Sr luidt als volgt. *"De schipper van een Nederlands schip die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen of zodanige bevoordeling te bedekken, hetzij het schip verkoopt, hetzij geld opneemt op het schip, het scheepstoebehoren of de scheepsvoorraad, hetzij zaken aan boord van het schip of zaken van de scheepsvoorraad verkoopt of verpand, hetzij verdichte schaden of uitgaven in rekening brengt, hetzij niet zorgt dat aan boord de vereiste dagboeken overeenkomstig de wettelijke voorschriften worden gehouden, hetzij bij het verlaten van het schip niet zorgt voor het behoud van de scheepspapieren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie."*

#### i. Strafbepaling

Het delict omschreven in art. 402 Sr heeft betrekking op een schipper die langs zes alternatieve wegen zichzelf of een ander wederrechtelijk zou willen bevoordelen. De beide zorgplichtschendingen in art. 402 Sr die daderschap kunnen opleveren, zijn eerst dan strafbaar wanneer de schipper het oogmerk heeft om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen of dat bevoordelen te bedekken. Voor de kleinere stap van het daderschap, waarin het immers gaat om de gedra-

<sup>13</sup> Hof Den Haag, 4 maart 2008, NJFS 2008, 114.

<sup>14</sup> Hoge Raad 19 november 1968, NJ 1970, 1, Hoge Raad 18 februari 1969, NJ 1970, 30, Hoge Raad 14 april 1987, NJ 1988, 584 en Hoge Raad 30 januari 1990, NJ 1990, 445.

<sup>15</sup> Hoge Raad 6 december 1960, NJ 1961, 54.

ging, is dat oogmerk niet relevant (zie hoofdstuk 3). Voornoemd oogmerk was voor de wetgever wel de reden art. 402 Sr tot misdrijf te bombarderen.<sup>16</sup> De overtredingsvariant staat zonder oogmerkvereiste opgenomen in art. 471 lid 1 sub 1 Sr (zie paragraaf 5.2.3).

### *ii. Opmerkelijkheden*

In de oude versie van art. 402 Sr uit 1886 viel slechts één van de alternatieven onder de in dit onderzoek gevolgde benadering van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Het ging toen om de schipper die bij het verlaten van het schip niet zorgt voor het behoud der scheepspapieren. Art. 402 Sr is in de jaren twintig zodanig herschreven dat een tweede ‘niet zorgen’ werd opgenomen. Onder het bereik van de bepaling werd ook de schipper gebracht die niet zorgt dat aan boord de vereiste dagboeken overeenkomstig de wettelijke voorschriften worden gehouden (zie nader hieronder).<sup>17</sup>

Art. 402 Sr biedt een goede illustratie van de verschillende vormen waarin de delictsgedraging kan worden gegoten. Tegenover werkwoorden als verkoopt, opneemt, verpandt en in rekening brengt, staat in deze bepaling ‘niet zorgt’. Het ‘zorgen’ is als te begane gedraging een stuk minder concreet dan verkopen, opnemen, verpanden en in rekening brengen. Niet vanzelf is duidelijk in hoeverre een objectief waarneembare gedraging moet plaatsvinden die – in lijn met hetgeen daarover in hoofdstuk 2 is gesteld – op unieke wijze aan de individuele dader kan worden gekoppeld. Evenmin is onmiddellijk helder hoever de verlangde zorg moet gaan. De vraag is wat de wetgever daarover heeft meegegeven.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In art. 402 Sr kunnen twee plichten tot zorg worden onderscheiden. De één stond daarin reeds opgenomen vanaf 1886. De ander is daaraan in 1927 toegevoegd bij de herziening van een aantal titels uit het Wetboek van koophandel.<sup>18</sup> De wijziging betreft het volgende. In art. 402 Sr werden de woorden “*hetzij het vereischte dagregister niet overeenkomstig de wettelijke voorschriften houdt*” vervangen door “*hetzij niet zorgt dat aan boord de vereischte dagboeken overeenkomstig de wettelijke voorschriften worden gehouden*”.<sup>19</sup> Het ‘niet houden’ werd aldus in art. 402 Sr vervangen door ‘niet zorgen dat wordt gehouden’. De delictsgedraging veranderde van het concretere ‘houden’ in ‘zorgen’. Daarmee werd ook dit onderdeel van art. 402 Sr een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de enge zin die in dit onderzoek centraal staat. In de betreffende memorie van toelichting staat dat de wijziging van art. 402 Sr verband houdt met het in die wet aangepaste art. 348

---

<sup>16</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, deel III, p. 147.

<sup>17</sup> Wet van 22 december 1924, *Stb.* 1924, 573, p. 448.

<sup>18</sup> Wet van 22 december 1924, *Stb.* 1924, 573, in werking getreden per 1 februari 1927, *Stb.* 1926, 324.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II*, 1919/20, 448, nr. 2, p. 29.



Wetboek van koophandel.<sup>20</sup> Gesteld wordt dat art. 348 Wetboek van koophandel het artikel is *“dat aan den kapitein niet meer de verplichting oplegt zelf een dagboek te houden, maar te zorgen, dat aan boord een scheepsdagboek en, als het schip een stoomschip is, ook een machine-dagboek wordt gehouden”*.<sup>21</sup> De herziening van het Wetboek van koophandel dwong zodoende tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht.

Waar komen nu de twee verschillende zorgverplichtingen in art. 402 Sr vandaan? In de memorie van toelichting, noch in de beraadslagingen in de Tweede Kamer staat het initiële ‘niet zorgen’ – dat daarin vanaf 1886 al stond opgenomen – uitgewerkt.<sup>22</sup> De later gewijzigde formulering van art. 402 Sr waarin nogmaals is gebruik gemaakt van het werkwoord *zorgen*, is, gezien het bovenstaande, kennelijk ingegeven door de redactie van het toenmaals herziene Wetboek van koophandel. De corresponderende bepaling uit het Wetboek van koophandel luidde toen, en nu nog, simpelweg *“art. 348. 1. De kapitein zorgt, dat aan boord een scheepsdagboek (dagregister of journaal) wordt gehouden, waarin alles van eenig belang, dat op de reis voorvalt, nauwkeurig wordt opgeteekend”*. Gezien het tweede lid van art. 348 Wetboek van koophandel moet de kapitein van een schip dat door mechanische kracht wordt voortbewogen, *zorgen* dat door een lid van het machiniekamer-personeel een machine-dagboek wordt gehouden. In art. 349 Wetboek van koophandel wordt vervolgens bijvoorbeeld erop gewezen dat alleen dagboeken mogen worden gebruikt die blad voor blad zijn genummerd. Zo wordt duidelijk gemaakt wat van de kapitein wordt verwacht. Over de strafrechtelijke zijde van de wijziging is in de parlementaire geschiedenis verder inhoudelijk niets gezegd.<sup>23</sup> Niet duidelijk wordt wat de materieel strafrechtelijke betekenis is van de zorg die op de kapitein rust. Het werkwoord is eenvoudig uit het privaatrechtelijke Wetboek van koophandel overgenomen in het Wetboek van Strafrecht, zonder dat werd stilgestaan bij de mogelijke gevolgen van een bijzondere term als ‘zorgen’ voor het strafrechtelijk ouderschap. Dat laatste zou weleens bezwaarlijk kunnen zijn omdat kan worden betwijfeld of de betekenis van het ‘zorgen’ in het strafrecht wel zo duidelijk is. Zorgen is op het eerste oog althans een onscherp bestanddeel dat als basis voor ouderschap in de zin van gedragerschap, en later daarop voortbouwend voor strafbaarheid, wel eens te licht zou kunnen zijn (zie hiervoor hoofdstuk 2 en hierna hoofdstuk 6).

<sup>20</sup> Kamerstukken II, 1919/20, 448, nr. 3, p. 86.

<sup>21</sup> Kamerstukken II, 1919/20, 448, nr. 3, p. 86. Deze strekking heeft art. 348 Wetboek van koophandel tegenwoordig nog.

<sup>22</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, deel III, p. 146-149.

<sup>23</sup> Vergelijk Kamerstukken II, 1923/24, 68, nr. 1-5, *Handelingen II*, 1923/24, 68, p. 2152-2161 en 2190-2209, *Handelingen I*, 1923/24, 68, p. 615 en *Handelingen I*, 1924/25, 68, p. 26-28, 58-61 en 162-170.

*iv. Tussenstand*

Ten aanzien van art. 402 Sr is duidelijk geworden dat daaruit niet kan worden afgeleid wat de strafrechtelijk inhoudelijk betekenis is van het gedragsbestanddeel zorgen voor het strafrechtelijk ouderschap. Art. 402 Sr kan op verschillende wijzen worden begaan. Ten aanzien van twee alternatieven wordt gewerkt met een zorggedraging. Opvallend is dat het tweede alternatief simpelweg uit het privaatrecht is overgenomen zonder dat werd stilgestaan bij de betekenis ervan voor het strafrecht. Dat is des te opmerkelijker tegen de achtergrond van de zware sanctie (maximaal zes jaren gevangenisstraf) die staat gesteld op schending van art. 402 Sr.

**5.2.3 Art. 471 lid 1 onder 1 Sr – ‘niet zorgen’**

Het eerste lid onder 1 van art. 471 Sr luidt als volgt. *“Met geldboete van de tweede categorie wordt gestraft: 1°. de schipper van een Nederlands vaartuig die niet zorgt dat aan boord van zijn vaartuig de bij de wet vereiste dagboeken overeenkomstig de wettelijke voorschriften worden gehouden of die dagboeken niet vertoont wanneer de wet dit vordert; [...]”*

*i. Strafbepaling*

Art. 471 lid 1 onder 1 Sr betreft de overtredingsvariant van het hierboven besproken art. 402 Sr. In het misdrijf van art. 402 Sr is voor strafbaarheid (niet voor ouderschap!) een bepaald oogmerk vereist bij de dader.<sup>24</sup> Dat is terzake art. 471 lid 1 onder 1 Sr niet het geval. Het enkele *niet zorgen* dat bepaalde dagboeken overeenkomstig de wettelijke voorschriften worden gehouden, is de delictsgedraging. In hoeverre maakt een verkeerd genummerd, onleesbaar geschreven, door koffie verwaterd of door een derde overboord gegooid, dagboek de schipper tot strafrechtelijk dader en daarmee uiteindelijk eventueel vatbaar voor leedtoevoeging in de vorm van een geldboete van de tweede categorie door de overheid? Zoals in paragraaf 5.2.2 reeds is opgemerkt, biedt de jurisprudentie geen aanknopingspunten. Mogelijk biedt de wetsgeschiedenis wel duidelijkheid.

*ii. Opmerkelijkheden*

Evenals art. 402 Sr biedt art. 471 Sr een mooi voorbeeld van verschillende concreet geformuleerde gedragingen. Voor het niet vertonen van een dagboek staan niet noemenswaardig veel gedragsalternatieven open: de dader laat het dagboek zien of niet. Vertoont hij het niet, dan verricht hij de delictsgedraging en is hij dader. De kwaliteit van het dagboek staat hierbij los van de gedraging en het ouderschap. Het daarentegen ‘*zorgen* voor het op de juiste wijze houden van een dagboek’ is een ander verhaal en kent een aanzienlijk grijs gebied voor wat betreft het wel of niet te betonen gedrag.

---

<sup>24</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, deel III, p. 147.

*iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Het 'niet zorgen' is, gelijk bij art. 402 Sr het geval is, in de bepaling terechtgekomen bij de herziening van verschillende titels van het Tweede boek van het Wetboek van koophandel in 1927.<sup>25</sup> In het wetboek van 1886 stond het delict al wel als overtreding opgenomen maar nog zonder het bestanddeel 'niet zorgen'.<sup>26</sup> Voor een mogelijke toelichting op het 'niet zorgen'-bestanddeel zal daarom moeten worden gekeken naar de wijziging die met het Wetboek van koophandel samenhang. In de memorie van toelichting bij de betreffende herziening van het Wetboek van koophandel wordt in de jaren twintig slechts gemeld: "*Teneinde het Wetboek van Strafrecht in overeenstemming te brengen met den nieuwen tekst van het Wetboek van koophandel, dienen enkele artikelen van eerstgenoemd wetboek wijziging te ondergaan*".<sup>27</sup> Langs die weg is het zorgen in art. 471 lid 1 onder 1 Sr terecht gekomen. Net als in de wetsgeschiedenis van art. 402 Sr ontbreekt ook hier iedere toelichting op het strafrechtelijke bestanddeel 'zorgen'. De term is slechts in art. 471 lid 1 onder 1 Sr opgenomen opdat de bepaling in lijn kon zijn met het Wetboek van koophandel.

*iv. Tussenstand*

Zonder toelichting is het 'niet zorgen' in art. 471 lid 1 onder 1 Sr terechtgekomen. Het Wetboek van koophandel werd gewijzigd en dat had nu eenmaal consequenties voor art. 471 Sr. Daarbij is niet meegegeven dat aan het 'niet zorgen' een privaatrechtelijke betekenis zou moeten worden gegeven. Het 'niet zorgen' zal daarom een strafrechtelijke betekenis moeten worden toegedicht. Het blijft vooralsnog de vraag wat de strafrechtelijke betekenis is van het gedragsbestanddeel zorgen. Langzaam wordt wel duidelijker dat het iets anders moet zijn dan concreet omschreven gedragingen of feitelijke andere strafrechtelijke plichten: het vertonen van een dagboek is iets anders dan het zorgen voor een dagboek. Zeker als ingang naar bestraffing doet dat merkwaardig aan. Dat de term dan blindelings uit het privaatrecht is overgenomen, maakt die situatie er niet beter op.

**5.2.4 Art. 425 onder 2 Sr – 'geen voldoende zorg dragen'**

Art. 425 onder 2 Sr luidt als volgt. "*Met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft: [...] 2°. hij die geen voldoende zorg draagt voor het onschadelijk houden van een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier.*"

<sup>25</sup> Wet van 22 december 1924, *Stb.* 1924, 573, in werking getreden per 1 februari 1927, *Stb.* 1926, 324.

<sup>26</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, deel III, p. 353-354.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II*, 1919/20, nr. 3, p.86.

*i. Strafbepaling*

Over art. 425 onder 2 Sr is reeds een en ander gemeld in paragraaf 4.4. De bepaling is gericht tot degene die een gevaarlijk dier onder zijn hoede heeft. Die geïndresseerde heeft er voldoende voor zorg te dragen dat hij het dier onschadelijk houdt. Art. 425 onder 2 Sr is een overtreding op schending waarvan een hechtenisstraf kan worden opgelegd.

*ii. Opmerkelijkheden*

Twee dingen vallen met betrekking tot het gedragsbestanddeel op. Ten eerste wordt niet gesproken van 'zorgen' maar van 'zorg dragen'. Het is de vraag of het 'zorgen' in al zijn verschijningsvormen dezelfde betekenis heeft en tevens of het zorgen dan een voor het strafrecht universele betekenis heeft die losstaat van alle eigensoortige strafbepalingen waarin het als gedragsbestanddeel is opgenomen. Vermoedelijk ligt aan het onderscheid tussen 'zorgen' en 'zorg dragen' geen weloverwogen beslissing ten grondslag en moeten de twee gedragingen worden gelijkgesteld. Hieronder zal in de wetsgeschiedenis worden gezocht naar indicaties voor een tegengestelde opvatting. Ten tweede lijkt de mate van zorg te zijn gekwalificeerd aangezien wordt gesproken van *voldoende* zorg dragen. Deze formulering komt vaker voor maar behoort, in vergelijking met andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, tot de minderheid. De vraag rijst of in de wetsgeschiedenis is blijkgegeven van speciale bedoelingen met deze inkleuring van de verlangde zorg.

*iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Het onvoldoende zorg dragen voor het onschadelijk houden van een onder hoede van de dader staand gevaarlijk dier, is strafbaar sinds 1886. Nadien is deze bepaling niet meer gewijzigd. In de parlementaire geschiedenis wordt niets inhoudelijk opgemerkt over het zorg dragen.<sup>28</sup> Wederom lijkt niet sprake te zijn van een gerichte voorkeur voor dit bestanddeel. Van een concrete achterliggende gedachte blijkt opnieuw niet, zodat andermaal de indruk ontstaat dat het werkwoord door de wetgever zomaar, willekeurig, zou kunnen zijn gebruikt. Onduidelijk is waarom bijvoorbeeld niet voor een andere vormgeving van de bepaling is gekozen. Gedacht had kunnen worden aan een alternatief als 'De persoon die een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier niet onschadelijk houdt, wordt gestraft met et cetera'. Waarom een dergelijke optie niet is overwogen, blijft onduidelijk. Mogelijk is er geen specifieke reden voor en was de betekenis van het 'zorgen' in de ogen van de wetgever geen vraagteken.

*iv. Tussenstand*

Er is geen reden aan te nemen dat 'zorgen' en 'zorg dragen' iets anders beteke-

---

<sup>28</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, deel III, p. 183-185.

nen. De vraag kan worden gesteld of dit bestanddeel een aan de bepaling gekoppelde en daarvan afhankelijke betekenis heeft. Het bestanddeel 'zorg' is in art. 402 Sr niet anders dan in art. 425 Sr. Geldt het 'zorgen' daarom universeel voor alle delicten met hetzelfde bestanddeel en dezelfde vormgeving? Om op die vraag een antwoord te krijgen, zal eerst ten aanzien van andere delicten nader moeten worden beschouwd of de term 'zorgen' en varianten daarop in het strafrecht inderdaad merendeels van toelichting verstoken zijn gebleven, of dat bij één ervan is medegedeeld dat het bij die ene bepaling totaal anders werkt dan bij alle anderen, of dat bij één ervan juist is aangegeven hoe het 'zorgen' in zijn algemeenheid in het strafrecht zou behoren te functioneren en hoe het zich zou moeten verhouden tot het ouderschap. Over de werking van het adjectief 'voldoende' is in de wetsgeschiedenis niets opgemerkt. Deze kwestie komt bij nog een aantal hieronder te bespreken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin terug. De in dat verband nu opkomende vragen worden daarom even bevroren totdat de betreffende bepalingen ook zijn besproken.

### 5.2.5 Art. 427 onder 2 Sr – 'niet zorgen'

Art. 427 onder 2 Sr luidt als volgt. *"Met geldboete van de eerste categorie wordt gestraft: [...] 2°. hij die niet zorgt dat een door hem of op zijn last op een openbare weg gedane op- of uitgraving of een door hem of op zijn last op de openbare weg geplaatst voorwerp behoorlijk verlicht en van de gebruikelijke tekens voorzien is; [...]"*

#### *i. Strafbepaling*

De geadresseerde zal op een of andere manier, linksom of rechtsom, ervoor moeten zorgen dat het (indirect) door hem op de weg geplaatste voorwerp of de gedane graafwerkzaamheid zichtbaar is. Slaagt hij daarin niet, dan wacht hem mogelijk een geldboete van maximaal de eerste categorie. Art. 427 Sr betreft een overtreding.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

De strafbare gedraging die ouderschap oplevert, is niet het op de weg plaatsen of laten plaatsen van een voorwerp. Evenmin zijn het de graafwerkzaamheden. De delictsgedraging is het *niet zorgen* dat dat voorwerp of de graafwerkzaamheid, kort gezegd, zichtbaar is. Evenals bij andere zorgplichtbepalingen is vooral de vraag hoe ver de zorg reikt die van de geadresseerde wordt verlangd. Wanneer heeft hij zich afdoende ingespannen? Wat mocht van de vader worden verwacht? Moest de vader bij het zorgen rekening houden met saboteurs die 's avonds de verlichting bij zijn kuil weghaalden? Mogelijk biedt de wetsgeschiedenis op deze vragen een antwoord.

#### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In het kader van een amendement is door een lid der Commissie van Rapporteurs omtrent de normadressaat van art. 427 onder 2 Sr tot uitdrukking gebracht dat

alleen de persoon strafbaar is “*die heeft nagelaten eene uitgraving, door hem of op zijn last gedaan, of een voorwerp door hem of op zijn last op den openbaren weg geplaatst, behoorlijk van licht of teekens te voorzien*”.<sup>29</sup> Zou ‘niet zorgen’ dan moeten worden vertaald met louter ‘nalaten’? Daar lijkt het niet op. De opmerking had namelijk in de betreffende parlementaire context betrekking op de vraag tot wie de bepaling is gericht, niet op wanneer sprake is van ouderschap. Hoewel die twee dicht tegen elkaar aan kunnen liggen, ging het er in de specifieke context om dat duidelijk werd tot wie de bepaling was gericht in geval gebruik werd gemaakt van ondergeschikten. Aan de woordkeuze – ‘hij die heeft nagelaten’ – moet daarom voor wat het ouderschap en het begaan van de gedraging betreft niet teveel waarde worden gehecht. De opbrengst van het citaat is voor het strafrechtelijk ouderschap bij zorgplichtbepalingen zo op het eerste gezicht zodoende niet bijzonder groot. Het zou echter wel een kleiner deel kunnen vormen van het grotere uiteindelijke geheel van de combinatie zorgen en ouderschap (zie daarover hoofdstuk 6). Voor het overige wordt, gelijk de andere commune wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, het ‘niet zorgen’ in art. 427 onder 2 Sr nergens in de parlementaire geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht uitgewerkt.

#### *iv. Tussenstand*

Opnieuw is niet door de wetgever voorzien in de uitwerking van het gedragsbestanddeel ‘zorgen’. Dat is spijtig omdat het bestanddeel aan duidelijkheid wel wat te wensen overlaat. In de parlementaire geschiedenis is terloops bij monde van één persoon indirect de opmerking te vernemen dat de dader degene zou zijn die *nalaat* behoorlijk voor de verlangde zichtbaarheid te zorgen. Het ging op dat moment over de vraag tot wie de bepaling is gericht en niet over de inhoud van de zorggedraging. Als zodoende al iets is verduidelijkt, dan is hooguit bevestigd dat het een omissiedelict betreft, maar tegelijkertijd blijft daarmee de betekenis van het ‘zorgen’ ongewis.

#### **5.2.6 Tussenstand gemeen strafrecht**

Het viertal wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin in het Wetboek van Strafrecht vormt bepaald geen meerderheid. Van de ruim 400 delicten in het Wetboek beslaan zij minder dan één procent. Alle vier vormen zij subonderdelen naast andere subonderdelen. Bovendien staat op drie van de vier bepalingen een betrekkelijk lichte straf. Het is, gezien het geringe gewicht dat aan deze delicten moet worden toegekend, niet ondenkbaar dat de wetgever van 1886 toentertijd misschien wel belangrijker kwesties zag om zich druk over te maken. Het zou dan ook begrijpelijk zijn als de wetgever zich niet heeft geconcentreerd op wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Daarop

---

<sup>29</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, deel III, p. 195.

voortbouwend zou kunnen worden volgehouden dat indien strafbepalingen met daarin het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel inderdaad als ondergeschoven kind zouden moeten worden beschouwd, de wetgever misschien met het werkwoord 'zorgen' helemaal niets speciaals op het oog had. Ware dat immers anders en zou de wetgever daarmee wel iets bijzonders in gedachten hebben, dan had hij daaraan toch wel specifieke aandacht besteed? En van gerichte aandacht blijkt ten opzichte van de commune zorgplichtbepalingen niets. In het Wetboek van Strafrecht en de bijbehorende wetsgeschiedenis is vrijwel niets gezegd over 'zorgen' en 'zorg dragen'. In één alternatief uit art. 402 Sr en in art. 471 lid 1 onder 1 Sr is het 'niet zorgen' een klakkeloos overgenomen term uit het tegelijkertijd in 1927 gewijzigde Wetboek van koophandel. Bij het andere zorg-alternatief uit art. 402 Sr, bij art. 425 onder 2 Sr en bij art. 427 onder 2 Sr blijkt evenmin sprake te zijn van een weloverwogen keuze voor het 'zorg dragen' respectievelijk 'zorgen' als bestanddeel. Omvangrijke debatten blijken daaraan namelijk niet te zijn voorafgegaan. Onduidelijk is daardoor ook gebleven of moet worden aangenomen dat de werkwoorden 'zorgen' en 'zorg dragen' als bestanddeel in alle andere delicten in de ogen van de wetgever dezelfde betekenis hebben en dat daarbinnen geen sprake is van verschillende gradaties. Ten aanzien van verwante formuleringen als 'zorg betrachten' en 'zorg in acht nemen' geldt vermoedelijk hetzelfde. Voor de strafrechtelijke betekenis van alle aan 'zorg' gerelateerde werkwoorden zal daarom elders te rade moeten worden gegaan.

#### *Verder verloop van het onderzoek*

Incidenteel zijn in de vorm van losse opmerkingen wel minuscule indicaties te vinden betreffende de werking van het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Wat de betekenis precies is, wordt in de wetsgeschiedenis niet of slechts zeer mondjesmaat duidelijk. De uitleg lijkt verspreid te zijn over zeer diverse bronnen en zal bij elkaar moeten worden gebracht. Hetzelfde geldt voor de zeldzame rechterlijke uitspraken die evenzeer versplinterd zijn. De verschillende stukken zullen in het onderstaande uiteindelijk bij elkaar worden gebracht (zie paragraaf 6.2). Het zal de vraag zijn of uit de gevonden en nog te vinden aanwijzingen uit bijzondere wetgeving en spaarzame jurisprudentie één sluitende constructie kan worden samengesteld. Omdat deze constructie niet eerder als zodanig is benoemd, zijn ook nog niet alle materieel strafrechtelijke consequenties daarvan aan het oppervlak gekomen. Daarop zal vervolgens in de hoofdstukken 6 en 7 worden ingegaan. Voordat daaraan wordt toegekommen, zal eerst moeten worden uitgekristalliseerd in hoeverre in bijzondere wetgeving, van merendeels recenter datum dan het hierboven besproken Wetboek van Strafrecht, wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen staan opgenomen en wat daarover in diverse parlementaire geschiedenissen is opgemerkt.

### **5.3 Strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in bijzondere wetten**

In onderhavige paragraaf zal aandacht worden besteed aan wettelijke strafrech-

telijke zorgplichtbepalingen in het financiële toezicht (paragraaf 5.3.1). Voorts worden onderdelen van milieuwetgeving (paragraaf 5.3.2), arbeidswetgeving (paragraaf 5.3.3) en vervoerwetgeving (paragraaf 5.3.4) onderzocht. Vrijwel alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen uit de vier genoemde terreinen zullen ter sprake komen. De vier deelgebieden dekken voor het overgrote deel de lading bijzondere wetgeving in de Wet op de economische delicten. Sommige bijzondere wetten die binnen één van de vier onderwerpen vallen en genoemd worden in de Wet op de economische delicten, bevatten geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Die wetten zullen daarom niet worden besproken. Voorts wordt een klein aantal van de economische delicten niet onderzocht. Regelgeving gerelateerd aan de globale termen gezondheid (geneesmiddelen) en infrastructuur (mijnbouw, telecommunicatie en waterleiding) zijn buiten beschouwing gelaten.

#### *Kanttekening vooraf*

Vooraf moet de volgende kanttekening worden gemaakt. De Wet op de economische delicten heeft een speciale strafbaarstellingsconstructie die afwijkt van het commune strafrecht. In de eerste paar wetsartikelen van de Wet op de economische delicten wordt namelijk slechts verwezen naar voorschriften in andere regelingen. Schending of overtreding van dat elders neergelegde voorschrift levert een economisch delict op, zo volgt uit de Wet op de economische delicten (art. 1, 1a en 2 WED). Uit de Wet op de economische delicten volgt voorts dat hij 'die een economisch delict begaat' op een sanctie kan rekenen (art. 6 WED). De bedoeling lijkt duidelijk, maar de gekozen formulering is niet in alle gevallen ideaal. De vraag rijst namelijk waar nu de gedraging is neergelegd die door de wetgever als ongewenst wordt gezien: is dat in de Wet op de economische delicten of in de betreffende bijzondere wet? Voorts rijst de vraag of dat dan een gedraging is ten aanzien waarvan op rechtsstatelijk acceptabele wijze kan worden gezegd dat de overheid daartegen leedtoevoegend moet kunnen optreden. Als het 'begaan van een economisch delict' (art. 6 WED) de strafrechtelijk relevante gedraging is, dan zou daarmee het begaan van strafbare feiten op zichzelf strafbaar worden, en dat is juist niet de bedoeling.<sup>30</sup> Met de strafbaarstelling van de Wet op de economische delicten lijkt slechts te worden vastgelegd dat schending van een voorschrift een economisch delict oplevert. Met de gekozen vormgeving van de eerste artikelen van de Wet op de economische delicten lijkt niet het aanbrengen van fundamentele wijzigingen in het materiële strafrecht te zijn beoogd. Een bijkomend probleem – dat inherent is aan het bijzondere strafrecht – houdt verband met de grote verscheidenheid aan bijzondere wetgevers. Sommige door hen gebruikte bestanddelen zijn universeel en gelden over de volle breedte van het bijzondere strafrecht op gelijke wijze. Eén van die bestanddelen is het gedragsbestanddeel 'zorgen'. Een grote vraag op dit punt van het onderzoek is in hoeverre de

---

<sup>30</sup> P.A.M. Mevis, 'Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden', *Ars Aequi* 1998-11, p. 870-876.



keur aan bijzondere wetgevers zich rekenschap heeft gegeven van de betekenis van het werkwoord zorgen. Indien daaraan bijvoorbeeld invulling is gegeven in het kader van art. 3 Wet bescherming Antarctica, dan geldt die invulling tevens onverkort voor art. 3:296 Wet op het financieel toezicht en art. 3:2 Arbeidstijdenwet. Het is aangewezen eerst te bezien wat de achtergrond van de verschillende zorgplichtbepalingen in de bijzondere strafwetgeving kan ophelderen over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht.

### 5.3.1 Zorgplichtbepalingen en financiële toezichtswetgeving

In het financiële recht komen dikwijls niet-strafrechtelijke zorgplichten voor die in literatuur en jurisprudentie uitvoerig worden besproken.<sup>31</sup> De vraag is daarin veelal in welke mate ondernemingen en instellingen nu bescherming zouden moeten verlenen aan cliënten. Een andere vraag is of het bieden van die bescherming in het licht van alle zorgplichtbepalingen ondertussen niet is doorgeschoten. Slechts een klein aantal van de financiële zorgplichtbepalingen is ook voor *strafrechtelijke* handhaving vatbaar. In die gevallen kan het strafrecht op een veelal vage en ruime basis worden toegepast. Deze strafrechtelijke zijde lijkt echter nogal onderbelicht te zijn gebleven.<sup>32</sup> Intrigerend aan dergelijke zorgplichtbepalingen is dat de indruk bestaat dat relatief eenvoudig strafrechtelijk daderschap kan worden vastgesteld. Het is de vraag of de wetgever zich van deze mogelijk bijzondere daderschapsconstructie bewust is geweest bij de strafbaarstellingen van zorgplichtbepalingen uit de Wet op het financieel toezicht in de Wet op de economische delicten.

#### *Opbouw financieeltoezichtrechtelijke paragraaf*

In het navolgende zal eerst een overzicht worden gegeven van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de Wet op het financieel toezicht. Daarna zal de invloed van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving, op de wettelijke financieel strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden beschouwd. Vervolgens wordt onderzocht of sprake is geweest van een expliciete voorkeur van de wetgever voor strafrechtelijke zorgplichtbepalingen boven meer traditionele strafrechtelijke formuleringen. De focus ligt op de omvangrijke Wet op het financieel toezicht die een samenvoeging van een groot aantal oudere wetten is. Buiten beschouwing blijven financieelrechtelijke wetten die zien op bijvoorbeeld accountantsorganisaties en trustkantoren.

<sup>31</sup> Een willekeurige greep: S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006; S.H. Kuiper, 'Zorgplicht bij beleggen met (arbeids)pensioenen', *Tijdschrift voor Financieel recht*, 2008-4, p. 108-118; B.C. Dreimüller, 'De huidige zorgplicht gaat te ver', *Tijdschrift voor Financieel recht*, 2007-3, p. 62-72; C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Regelgeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 729 en de aldaar genoemde literatuur. Zie voorts Hoge Raad 23 december 2005, NJ 2006, 289, Hoge Raad 11 juli 2008, LJN BC8967 en Rechtbank Arnhem 10 september 2008, BF0279.

<sup>32</sup> D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566, m.n. p. 546.

### 5.3.1.1 Overzicht strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de Wet op het financieel toezicht

De Wet op het financieel toezicht trad op 1 januari 2007 in werking en betreft een bundeling van een groot aantal afzonderlijke (sectorale) bijzondere wetten. Veel van de al geldende bepalingen waren reeds strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten. In het kader van een zogenaamde 'beleidsarme omzetting van de oude sectorale financiële toezichtwetten' heeft de wetgever bij de totstandkoming van de Wet op het financieel toezicht er in eerste instantie voor gekozen *"Wft-overtredingen die in het kader van de Wft in een lichtere boetecategorie zullen worden geplaatst, maar die onder de oude sectorale toezichtwetten toch als economisch delict zijn aangemerkt, in de WED te handhaven"*.<sup>33</sup> De delicten die voor de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht al in de Wet op de economische delicten stonden opgenomen, zouden daar dus voorlopig nog even blijven staan. Zonder op weerstand te stuiten, werd aangekondigd dat een heroverweging van deze strafbaarstellingen pas na de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht, en bij de herziening van de boetesystematiek in de financiële toezichtwetgeving, zou plaatsvinden.<sup>34</sup> In de nieuwe Wet op het financieel toezicht is per 1 januari 2007 tevens een aantal zorgplichtbepalingen terechtgekomen waarvan schending strafrechtelijke consequenties kan hebben.

#### *Oorspronkelijke zorgplichtbepalingen in Wet op het financieel toezicht*

De volgende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin uit de Wet op het financieel toezicht stonden in eerste instantie in art. 1 onder 2 WED stonden opgenomen: art. 3:296 lid 1 en lid 3, 4:9 lid 2, 4:17 lid 1, 4:63 lid 1, 4:88 lid 2 en 4, 5:30 en 5:64 lid 6 Wft. Gezien de bijlagen bij art. 1:79 en 1:80 Wft kon tegen overtreding van deze bepalingen ook de bestuursrechtelijke toezichthouder handhavend optreden middels lasten onder dwangsom en bestuurlijke boetes. In de parlementaire geschiedenis is overwogen dat de kwestie of het strafrecht of het bestuursrecht wordt toegepast een zaak is tussen het Openbaar Ministerie aan de ene kant en de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank aan de andere kant. De vuistregel is volgens de Minister: *"hoe zwaarder de overtreding, hoe groter de kans dat deze strafrechtelijk wordt afgedaan"*.<sup>35</sup> Slechts indien zich bijzondere omstandigheden voordoen, bijvoorbeeld indien de toezichthouder geen mogelijkheid heeft om effectief op te treden, zal de toezichthouder afzien van handhavend optreden, waarbij het in de rede ligt dat vervolgens het Openbaar Ministerie wordt verzocht strafrechtelijk te vervolgen.<sup>36</sup> Een interessant daarnaast gelegen zuiver strafrechtelijk punt, betreft het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen dat ingevolge de Wet op de economische de-

---

<sup>33</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 658, nr. 3, p. 38.

<sup>34</sup> *Idem en Kamerstukken II*, 2005/06, 30 658, nr. 4, p. 17-18.

<sup>35</sup> *Handelingen II* 2008/09, 54, p. 4366.

<sup>36</sup> Opgemerkt in het kader van art. 50 lid 2 onder L MiFID, *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 71.

licten, afhankelijk is van de aanwezigheid van dolus bij de dader (art. 2 lid 1 WED). Vormde de misdrijf-variant van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in het commune strafrecht (art. 402 Sr) nog een uitzondering, in de Wet op het financieel toezicht kunnen alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen misdrijf zijn. Dat heeft strafvorderlijke consequenties in bijvoorbeeld de vorm van de bijzondere opsporingsbevoegdheden uit art. 126g en 126j Sv die in het belang van het onderzoek kunnen worden aangewend in geval van verdenking van een misdrijf sec.

*Korte inhoud eerste zorgplichtbepalingen Wet op het financieel toezicht*

De genoemde zorgplichtbepalingen, waarvan een deel per 1 augustus 2009<sup>37</sup> uit de Wet op de economische delicten is gehaald en gedecriminaliseerd, houden achtereenvolgens kort het volgende in. In art. 3:296 lid 1 en lid 3 Wft staat dat de onderneming aan het hoofd van een conglomeraat ervoor zorg draagt dat op geconsolideerde basis wordt voldaan aan bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels betreffende de kapitaaltoereikendheid van het conglomeraat, indien De Nederlandsche Bank coördinator is. Dit is één van de regels die moet zekerstellen dat *“in een financieel conglomeraat voldoende kapitaal aanwezig is in verhouding tot de solvabiliteitseisen van de gezamenlijke tot het conglomeraat behorende gereguleerde entiteiten”*.<sup>38</sup> Ingevolge art. 4:9 lid 2 Wft dient een financiële dienstverlener zorg te dragen voor de vakbekwaamheid van zijn werknemers en van andere natuurlijke personen die zich onder zijn verantwoordelijkheid rechtstreeks bezighouden met het verlenen van financiële diensten aan consumenten of bepaalde cliënten. Hiertoe beschikt in ieder geval een zodanig aantal feitelijk leidinggevend van de financiële onderneming over voldoende vakbekwaamheid dat de kwaliteit van de financiële diensten aan de consument onderscheidenlijk de cliënt kan worden gewaarborgd. In art. 4:17 lid 1 Wft staat dat een beheerder, beleggingsonderneming die beleggingsdiensten verleent, clearinginstelling of financiële dienstverlener zorg draagt voor een adequate behandeling van klachten van cliënten, consumenten of deelnemers over financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming. De betreffende financiële onderneming beschikt daartoe over een interne klachtenprocedure, gericht op een spoedige en zorgvuldige behandeling van klachten en is aangesloten bij een erkende geschilleninstantie. Op basis van art. 4:63 lid 1 Wft dient de levensverzekeraar ervoor zorg te dragen dat in bepaalde individuele levensverzekeringen uitdrukkelijk staat opgenomen dat de verzekeringnemer binnen dertig kalenderdagen kan opzeggen. Ongeveer hetzelfde geldt voor de uitvaartverzekeraar. Art. 4:88 lid 2 Wft laat weten dat een beleggingsonderneming ervoor zorgt dat cliënten op billijke wijze worden behandeld in geval van een onvermij-

<sup>37</sup> Wet van 18 juli 2009, *Stb.* 2009, 327. In werking getreden per 1 augustus 2009, *Stb.* 2009, 328.

<sup>38</sup> K. Frielink e.a., *Commentaar Financieel Recht. Deel I Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 637.

delijk belangenconflict. Of in het vierde lid inderdaad wordt beoogd het eerste en tweede lid van toepassing te laten zijn op bijkantoren in Nederland van een beleggingsonderneming uit een andere lidstaat staat niet buiten twijfel.<sup>39</sup> In art. 5:30 Wft is neergelegd waarover een marktexploitant zorgt dat een gereglementeerde markt beschikt. Onder meer moet een gereglementeerde markt beschikken over transparante, niet-discretionaire regels en procedures die voor een billijke en ordelijke handel zorgen, alsmede over objectieve criteria voor de doelmatige uitvoering van orders. De laatste wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin in de Wet op het financieel toezicht wordt gevonden in de eerste volzin van art. 5:64 lid 6 Wft: *“Een uitbrenger van een beleggingsaanbeveling die in of vanuit Nederland een samenvatting van een door een derde uitgebrachte beleggingsaanbeveling verspreidt, draagt ervoor zorg dat deze samenvatting duidelijk, niet misleidend en direct en gemakkelijk toegankelijk is. Tevens maakt hij daarbij melding van de plaats waar de informatie die in de samenvatting wordt weergegeven toegankelijk is, indien deze informatie openbaar is”*. Het niet in acht nemen van deze ogenschijnlijk eenvoudige voorschriften kan leiden tot strafrechtelijke vervolging.<sup>40</sup> Het betreft voor de duidelijkheid overigens grotendeels wel zorgplichten die al in de aan de Wet op het financieel toezicht voorafgegane regelgeving strafrechtelijk konden worden gehandhaafd. Aangezien de Wet op het financieel toezicht een grootschalig project was, kan daardoor wel begrip worden opgebracht voor hetgeen aan het begin van deze paragraaf is opgemerkt, namelijk dat in eerste instantie alle bepalingen uit de oude voorgangers van de Wet op het financieel toezicht tot nadere evaluatie in de Wet op de economische delicten strafbaar gesteld bleven. In zoverre hoefde de wetgever zich bij de Wet op het financieel toezicht misschien niet spreekwoordelijk te verantwoorden, want dat zal dan reeds eerder – bij de vorming van de voorafgegane regelgeving – al moeten hebben plaatsgevonden. Of dat daadwerkelijk is gebeurd, kan worden betwist. De vraag rijst dan ook in welke mate inderdaad in de wetsgeschiedenis van de sectorale voorlopers van de Wet op het financieel toezicht is ingegaan op zorgplichtbepalingen. Ter verkenning van de betreffende problematiek dient het navolgende waarin kort naar het inmiddels gedecriminaliseerde art. 4:88 lid 2 Wft wordt gekeken.

---

<sup>39</sup> C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Regelgeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 598.

<sup>40</sup> Voorgaande opsomming betreft slechts wettelijke strafrechtelijke zorgplichten in de bovenste laag van financiële regelingen. Zorgplichten kunnen ook in lagere regelgeving via gelede normstelling worden tegengekomen, maar daarop ziet voorliggend promotie onderzoek verder niet. Een voorbeeld is art. 13 lid 6 MiFID dat via art. 4:14 lid 2 aanhef en onder c Wft (economisch delict gezien art. 1 onder 2 WED) is terechtgekomen in de zorgplichtbepaling van art. 35a lid 4 BGfo. Met het wetsvoorstel Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (waarover nader paragraaf 5.3.1) is art. 4:14 Wft overigens gedecriminaliseerd.

*Verkenning onderbouwde voorkeur voor zorgplichtbepalingen in voorlopers Wet op het financieel toezicht*

Ten aanzien van bijvoorbeeld art. 4:88 lid 2 Wft (het zorgen voor een billijke behandeling van cliënten in geval van een belangen conflict) kan in het licht van de parlementaire geschiedenis kort het volgende over de achtergrond van die wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling worden gesteld. In art. 13 lid 3 van de Europese MiFID-richtlijn<sup>41</sup> staat dat ‘beleggingsondernemingen de nodige maatregelen zouden moeten nemen belangenconflicten te voorkomen’. Gezien die inhoud zou deze bepaling uit de richtlijn de oorsprong van de zorgplicht uit art. 4:88 lid 2 Wft kunnen lijken te zijn. Dat is echter niet het geval. De strafrechtelijke zorgplicht belangenconflicten voor te zijn uit art. 4:88 lid 2 Wft bestond al en vloeide reeds voort uit de voorganger van 4:88 Wft van voor 1 januari 2007, namelijk art. 24 onder d Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (oud) dat op basis van art. 11 lid 1 onder c Wet toezicht effectenverkeer 1995 (oud) was uitgevaardigd en langs die weg in de Wet op de economische delicten in het eerste artikel was terechtgekomen en aldus als economisch delict gold.<sup>42</sup> Art. 24 onder d Bte 1995 (oud) luidde: *“Onverminderd het bepaalde in de artikelen 24a en 24b houdt een effecteninstelling zich bij het verrichten van haar werkzaamheden aan door de toezichthoudende autoriteit te stellen regels die ertoe strekken dat de effecteninstelling: [...] d. ervoor zorgt dat haar cliënten op billijke wijze worden behandeld in het geval dat een belangenconflict onvermijdelijk blijkt te zijn;[...]”*. De regels waarvoor moest worden zorg gedragen, werden ingevuld door de toezichthouder. Deze voorganger van art. 4:88 lid 2 Wft was direct ontleend aan art. 11 lid 1 van de beleggingsdiensten-richtlijn: de beleggingsonderneming moest “[...] - belangenconflicten trachten te voorkomen en, wanneer deze onvermijdelijk zijn, ervoor zorgen dat haar cliënten op billijke wijze worden behandeld.[...]”<sup>43</sup> Het equivalent van de term ‘zorgen’ op Europees niveau wordt in de Engelse versies van de betreffende richtlijnen overigens weergegeven als ‘(shall) ensure’, in de Franse versies als ‘veillent à’ en in de Duitse versies als ‘sicher stellen’. Daarmee is mogelijk een indicatie voor de inhoud van de term gegeven. In ieder geval is hier sprake van een plicht te zorgen die vrij letterlijk en rechtstreeks in de nationale regeling (eerst in art. 24 onder d Bte 1995 (oud) juncto art. 11 lid 1 onder c Wte 1995 (oud) en daarna in art. 4:88 lid 2 Wft) is terechtgekomen. Tien maanden na de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht is de beleggingsdiensten-richtlijn ingetrokken en is de zojuist genoemde MiFID-richtlijn per 1 november 2007 in de Wet op het financieel toezicht geïmplementeerd. Hoewel de MiFID-

<sup>41</sup> Richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (*PbEU* 2004, L 145/28).

<sup>42</sup> Wet van 14 november 2002, *Stb.* 2003, 55, p. 9 voorzag in de grondslag in art. 11 lid 1 onder c Wte 1995 (oud) voor het in art. 24 onder d van het Bte 1995 (oud) opnemen van de zorgplichtbepaling in het besluit van 10 oktober 2003 *Stb.* 2003, 396, p. 10 en 30.

<sup>43</sup> Richtlijn nr. 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten (*PbEG* 1993 L 141/27).

richtlijn een andere formulering had ('maatregelen nemen ter voorkoming') behelsde deze wijziging van de Wet op het financieel toezicht geen verandering van de strafrechtelijke zorgplicht van art. 4:88 lid 2 Wft die van begin af aan (1 januari 2007) in de Wet op het financieel toezicht stond.<sup>44</sup> In de nationale toelichting bij de Wet op het financieel toezicht wordt niet gerept over het strafrechtelijk handhaven van de plicht te zorgen voor een billijke afhandeling van een eventueel belangenconflict.<sup>45</sup> Helaas heeft ook de Europese regelgever in de preambule van de beleggingsdiensten-richtlijn geen bijzondere aandacht besteed aan de keuze voor een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling. Al met al zou voorzichtig kunnen worden gesteld dat de Nederlandse voorschriften bij gebrek aan (nadere nationale) toelichting vooral een wat obligate copy-paste van Europese regelgeving lijken te zijn geweest.<sup>46</sup> Men kan zich daardoor bepaald niet aan de indruk onttrekken dat het gebruik van strafrechtelijk handhaafbare zorgplichten in de financiële toezichtwetgeving tot op zekere hoogte betrekkelijk willekeurig heeft plaatsgevonden.<sup>47</sup> Laat staan dat daarbij overwegingen zouden zijn gewijd aan de bijzondere constructie van ouderschap ten gevolge van die zorgplichtbepalingen. Het is de vraag of dit voor alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen hetzelfde geldt. Voordat daarop verder wordt ingegaan en alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin uit de Wet op het financieel toezicht worden nagelopen, zal in de volgende paragraaf eerst een tussenstap moeten worden gemaakt. In de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving is zeer terloops een (inmiddels aanvaard) voorstel gedaan uit de Wet op de economische delicten een groot aantal bepalingen, waaronder zorgplichtbepalingen, te schrappen.

#### *Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving*

Het wetsvoorstel Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving<sup>48</sup> zou na, of tegelijk met, de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in werking treden.<sup>49</sup> Op 17 februari 2009 is het wetsvoorstel, voorzien van een aantal amende-

<sup>44</sup> Wet van 30 oktober 2007, *Stb.* 2007, 406, p. 31 en Richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (*PbEU* 2004, L 145/28).

<sup>45</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 807, nr. 19, p. 553-554.

<sup>46</sup> Zie voor een meer algemene kritische beschouwing van de implementatie van Europese financiële regelgeving, N.M. Giphart, 'De implementatie van Europese wetgeving in de Wet op het financieel toezicht', *Sociaal Economisch Weekblad*, 2008-5, p. 171-178.

<sup>47</sup> In navolging van Doorenbos kunnen wat dat betreft deze delicten in de Wet op het financieel toezicht bedenkelijk worden genoemd, D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566, m.n. p. 553.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 1 e.v.

<sup>49</sup> De Minister vermoedde per 1 juli 2009, *Handelingen II* 2008/09, nr. 54, p. 4364. Het werd uiteindelijk 1 juli 2009 voor de Vierde tranche (*Stb.* 2009, 264 e.v.) en 1 augustus 2009 voor de wijziging van het boetestelsel (*Stb.* 2009, 327 en 328).

menten, door de Tweede Kamer aangenomen en naar de Eerste Kamer gestuurd.<sup>50</sup> De focus lag in het wetsvoorstel en het parlementaire debat vooral op de hoogte van bestuurlijke boetes en op de machtenscheiding.<sup>51</sup> Terwijl gesteggeld werd over het opleggen van boetes van maximaal twee of vier miljoen euro, werden echter ook andere wijzigingen door het parlement gelooft. Tegelijkertijd met de herziening van de boetesystematiek heeft op de achtergrond namelijk een ‘stofkamoperatie’ plaatsgevonden waarin de strafbaarstelling van alle voorschriften van de Wet op het financieel toezicht *“opnieuw is geïnventariseerd en gecategoriseerd”*.<sup>52</sup> De wetgever heeft opgemerkt dat in verband met de indeling van het financieel boetestelsel naar de aard van de overtreding, op *“basis van een individuele afweging”* verschillende bepalingen uit de Wet op de economische delicten zouden worden geschrapt maar ook dat daaraan bepalingen zouden worden toegevoegd.<sup>53</sup> Op die individuele afweging wordt echter nergens ingegaan. Daarover zijn vragen gesteld.<sup>54</sup> In reactie op die vragen is medegedeeld dat de wens tot aanpassing van de Wet op de economische delicten met name voortvloeit uit de vernieuwde bestuursrechtelijke categorisering van overtredingen in zware, middelzware en lichte overtredingen. Volgens de wetgever betreft het hier *“een reparatie van de strafbaarstellingen en geen beleidsmatige herziening”*.<sup>55</sup> In de memorie van antwoord is later het volgende opgemerkt: *“In de strafbaarstelling middels de Wet op de Economische delicten (WED) worden grosso modo alleen de ernstigste overtredingen opgenomen waarbij naar het oordeel van de regering het incidenteel wenselijk is – te denken valt aan oplegging van andere dan vermogenssancties – om strafrechtelijke afdoening te laten prevaleren boven bestuursrechtelijke afdoening”*.<sup>56</sup> Het zou dus gaan om de ‘ernstigste delicten’ in de ogen van de regering. Dat dit laatste voor de al genoemde en nog te bespreken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen allesbehalve vanzelf spreekt, moge genoegzaam bekend zijn. Naast het schrappen zijn bepalingen toegevoegd aan art. 1 WED (zie nader hieronder). Opgemerkt moet worden dat dit decriminaliseren evengoed een belangrijk onderdeel van beslissingen over strafbaarstelling vormt als het daadwerkelijke criminaliseren.<sup>57</sup> In een verdere toelichting is door de wetgever bij de wijziging van het boetestelsel echter niet voorzien. Zeker nu duidelijk wordt dat een fors aantal bepalingen eenvoudig gemist scheen te kunnen worden, rijst de vraag waarom de betreffende bepalingen om te beginnen al in de Wet op de eco-

<sup>50</sup> *Handelingen II* 2008/09, nr. 55, p. 4429.

<sup>51</sup> *Handelingen II* 2008/09, nr. 54, p. 4357-4369. Zie ook P.C. Verloop en A.R. Hartmann, ‘Conceptwetsvoorstel wijziging boetestelsel financiële wetgeving gewogen’, in: J. de Bruin e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2008*, Nieuwerkerk a/d IJssel: Gelling Publishing 2008, p. 79-88.

<sup>52</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 3, p. 8-9.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 5, p. 6.

<sup>55</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 6, p. 10.

<sup>56</sup> *Kamerstukken I*, 2008/09, 31 458, nr. C, p. 4.

<sup>57</sup> B.J.V. Keupink, ‘Strafbaarstelling, schade en (im)moraliteit’, in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving: aspecten en actoren belicht voor het academisch onderwijs*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 43-62, m.n. p. 44-46.

nomische delicten waren opgenomen. Juist in het strafrecht is voor dergelijke wispelturigheid geen plaats.

#### *Veranderingen naar aanleiding van de wijziging van het financiële boetestelsel*

Voor wat betreft de huidige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de Wet op het financieel toezicht, zijn de art. 4:9 lid 2, 4:17 lid 1, 4:63 lid 1, 4:88 lid 2 en 4 Wft geschrapt uit de Wet op de economische delicten. Eén bepaling is daarentegen juist gecriminaliseerd, namelijk art. 3:279 lid 1 Wft. Eén bepaling is uitgebreid met strafrechtelijke zorgplichten, te weten art. 3:296 Wft. Het tweede en achtste lid van die bepaling zijn aan art. 1 onder 2 WED toegevoegd. De art. 3:296 lid 1 en 3, 5:30 en 5:64 lid 6 Wft zijn blijven gelden als economische delicten. De Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving reduceert aldus sterk het aantal zorgplichtbepalingen in de Wet op het financieel toezicht dat strafrechtelijk kan worden gehandhaafd. De vraag naar de bestaansreden van de strafbepalingen die overblijven, dringt zich op. Dat geldt evenzeer de vertwijfeling omtrent het besef bij de wetgever van de werking van zorgplichtbepalingen en het strafrechtelijk ouderschap. In het navolgende zal op de resterende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de Wet op het financieel toezicht, en de vraag of daaraan inderdaad geen weldoordachte openbare afweging vooraf ging, worden ingegaan.

#### **5.3.1.2 Art. 3:279 lid 1 Wft – ‘zorgt voor’**

Art. 3:279 lid 1 Wft luidt als volgt. *“1. Een Nederlandse beleggingsonderneming, Nederlandse kredietinstelling of financiële holding met zetel in Nederland waarop ingevolge deze afdeling toezicht op geconsolideerde basis wordt uitgeoefend, zorgt voor een volledige consolidatie van beleggingsondernemingen, kredietinstellingen en financiële instellingen die haar dochterondernemingen zijn.”*

Art. 1 onder 2 WED luidt: *“Economische delicten zijn: [...] 2°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet op het financieel toezicht, de artikelen [...] 3:279 eerste [...] lid [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]”*

#### *i. Strafbepaling*

Art. 3:279 Wft is per 1 januari 2007 in de Wet op het financieel toezicht inge-



voerd en sindsdien niet gewijzigd. Strafbaarstelling van deze bepaling vond plaats per 1 augustus 2009 naar aanleiding van de wijziging van het financiële boetestelsel. Het opzettelijk begaan van dit delict levert een economisch misdrijf op. De onopzettelijke variant resulteert in een economische overtreding. Het delict kent als geadresseerde de Nederlandse beleggingsonderneming, Nederlandse kredietinstelling of financiële holding met zetel in Nederland waarop toezicht op geconsolideerde basis wordt uitgeoefend. Deze geadresseerden moeten zorgen voor een volledige consolidatie van beleggingsondernemingen, kredietinstellingen en financiële instellingen die dochterondernemingen zijn van de geadresseerde.

## *ii. Opmerkelijkheden*

Opmerkelijk aan deze bepaling is de late, plotselinge strafbaarstelling en de verminderde scherpthe van de wetgever die daaruit spreekt. Voor het overige betreft het een weinig enerverende bepaling.

## *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van de Wet op het financieel toezicht, is door de wetgever opgemerkt dat de verplichting die in het eerste lid van art. 3:279 Wft wordt opgelegd aan de financiële holding niet rechtstreeks voortvloeit uit de Banken richtlijn.<sup>58</sup> Wel verwacht de wetgever dat de bepaling tot gevolg zal hebben dat een goed inzicht wordt verschaft in het eigen vermogen van de bankengroep, *“hetgeen in lijn is met het doel van de richtlijn banken”*.<sup>59</sup> In de wetsgeschiedenis maakt de wetgever vervolgens een 1-op-1 vergelijking met de als algemene regel voorgeschreven consolidatieplicht van art. 2:405 BW.<sup>60</sup> Deze vergelijking is echter minder vanzelfsprekend dan het misschien op het eerste gezicht lijkt, omdat in voornoemde bepaling uit het BW geen zorg-bestanddeel als gedraging voorkomt. In art. 2:405 lid 1 BW is sprake van een blote, feitelijke plicht, terwijl art. 3:279 lid 1 Wft betrekking heeft op een – onlangs bovendien strafbaar gestelde – *zorgplicht*. Met name in strafrechtelijke context, lijkt de zorggedraging van onderscheidend belang en zou een dergelijke vergelijking geen stand kunnen houden.

In de memorie van toelichting en in de verdere wetsgeschiedenis van de Wet op het financieel toezicht is logischerwijs niets over het strafrechtelijke functioneren en het bijbehorende daderschap van art. 3:279 lid 1 Wft gezegd. De bepaling was in eerste instantie immers niet strafbaar. De latere wet waarbij het financiële boetestelsel is gewijzigd, bevatte echter evenmin een toelichting op (de strafrechtelijke zijde van) art. 3:279 Wft. Voor zover gezocht wordt naar de materiële rechtelijke werking van zorgplichtbepalingen, zal dus verder moeten worden gekeken.

<sup>58</sup> Art. 54 lid 1 van de Richtlijn nr. 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 126).

<sup>59</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 367-368.

<sup>60</sup> Idem, p. 368.

*iv. Jurisprudentie*

Over de jonge strafrechtelijke zorgplichtbepaling van art. 3:279 lid 1 Wft is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

*v. Tussenstand*

Art. 3:279 lid 1 Wft is onlangs zonder specifieke toelichting strafbaar gesteld. Aldus is niets duidelijk geworden omtrent de keuze voor strafbaarstelling of de materieelrechtelijke werking van het daderschap. Het betreft een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin waarvan - aan de hand van andere vergelijkbare delicten - nader moet worden bezien hoe het strafrechtelijk daderschap behoort te worden vormgegeven.

**5.3.1.3 Art. 3:296 leden 1, 2, 3 en 8 Wft – viermaal ‘draagt er zorg voor’**

Art. 3:296 lid 1, 2, 3 en 8 luiden als volgt. “1. Een onderneming die, alleen of tezamen met een andere onderneming, aan het hoofd staat van een financieel conglomeraat waarvan een gereglementeerde entiteit met zetel in Nederland deel uitmaakt, draagt er zorg voor dat zij op geconsolideerde basis dan wel geaggregeerde grondslag voldoet aan de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels met betrekking tot de kapitaaltoereikendheid van het conglomeraat, indien de Nederlandsche Bank coördinator is. Deze regels hebben betrekking op de wijze, de periodiciteit en de termijnen van de rapportage, alsmede op de berekening van de kapitaaltoereikendheid. [...]

2. Indien een gereglementeerde entiteit met zetel in Nederland deel uitmaakt van een financieel conglomeraat, draagt de onderneming, bedoeld in het eerste lid, er zorg voor dat er adequate kapitaaltoereikendheidsstrategieën zijn voor het conglomeraat als geheel. [...]

3. Indien de onderneming de verplichting, bedoeld in het eerste of tweede lid, niet of niet tijdig nakomt, rust die verplichting eveneens op de in dat lid bedoelde gereglementeerde entiteit. [...]

8. Ten aanzien van een groep die geen financieel conglomeraat is en waarvan naast een beleggingsonderneming of kredietinstelling met zetel in Nederland een levensverzekeraar, schadeverzekeraar of natura-uitvaartverzekeraar met zetel in Nederland deel uitmaakt, kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de kapitaaltoereikendheid. De onderneming die, alleen of tezamen met een andere onderneming, aan het hoofd staat van de groep draagt er zorg voor dat aan die regels wordt voldaan.”

Art. 1 onder 2 WED luidt: “Economische delicten zijn: [...] 2°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet op het financieel toezicht, de artikelen [...] 3:296, eerste, tweede, derde, [...] achtste [...]”

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. “1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzette-

*lijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. “1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]”

#### *i. Strafbepalingen*

Op 1 januari 2007 is art. 3:296 Wft met de Wet op het financieel toezicht in werking getreden en tot op heden ongewijzigd gebleven.<sup>61</sup> Deze regeling bestond voordien niet. De leden zijn ontleend aan de richtlijn financiële conglomeraten (fico-richtlijn).<sup>62</sup> Voor zover de bepalingen *opzettelijk* worden geschonden, is sprake van een misdrijf waarop een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie is gesteld. Voor zover de bepalingen *onopzettelijk* worden geschonden, is sprake van een overtreding en is voor wat betreft de sanctionering in vergelijking met de misdrijfvariant het verschil slechts gelegen in de vrijheidsstraf. De dader moet dan rekening houden met een hechtenisstraf van ten hoogste zes maanden. Voor de maximaal toe te passen taakstraf of geldboete is tussen de misdrijf- en overtredingsvariant geen verschil. Voor wat betreft de geadresseerde zijn verschillen aanwijsbaar tussen de leden. De eerste twee leden van art. 3:296 Wft zijn gericht tot de onderneming die, alleen of tezamen met een andere onderneming, aan het hoofd staat van een financieel conglomeraat waarvan een gereglementeerde entiteit met zetel in Nederland deel uitmaakt. Het derde lid richt zich tot de gereglementeerde entiteit met zetel in Nederland. En het achtste lid is gericht tot een onderneming ‘die aan het hoofd staat’ van een groep die niet een financieel conglomeraat is. Daarbij is vereist dat in de groep – die geen financieel conglomeraat – is 1) een beleggingsonderneming of kredietinstelling met zetel in Nederland en 2) een levensverzekeraar, schadeverzekeraar of natura-uitvaartverzekeraar met zetel in Nederland zitten. De gedraging die de geadresseerde moet verrichten om als dader te kunnen worden aangemerkt, is in alle leden gegoten in de zinsnede ‘draagt er zorg voor’. De geadresseerde uit de eerste twee leden *draagt er zorg* voor dat zij op geconsolideerde basis dan wel geaggregeerde grondslag voldoet aan de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels met betrekking tot de

<sup>61</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 17, p. 10-11 en 32-33 (toentertijd voorzien van een andere nummering, namelijk art. 2:327 Wft). Het achtste lid werd later nog gewijzigd, *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 34, p. 17 en 38, Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 605.

<sup>62</sup> Richtlijn nr. 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2003, L 35).

kapitaaltoereikendheid van het conglomeraat en dat er adequate kapitaaltoereikendheidsstrategieën zijn voor het conglomeraat als geheel. Op de geadresseerde uit het derde lid rust dezelfde zorgplicht maar alleen voor zover de onderneming uit de eerste twee leden haar verplichting niet nakomt. De geadresseerde uit het achtste lid *draagt er zorg* voor dat aan krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde regels met betrekking tot de kapitaaltoereikendheid wordt voldaan.

## *ii. Opmerkelijkheden*

Veel opmerkelijkheden zijn er niet in de leden van art. 3:296 Wft die gelden als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. In het licht van de mogelijke toe te passen sancties, is wel opvallend dat de geadresseerde – commune deelnemingsvormen even buiten beschouwing latend – in beginsel een rechtspersoon zal zijn. Sancties die de vrijheid van individuen raken, zullen in dat verband weinig effect sorteren. Indachtig nu het gegeven dat het enige sanctie gerelateerde verschil tussen de misdrijf- en overtredingsvariant gelegen was in de maximale hoogte van de vrijheidsstraf, lijkt dat onderscheid niet meer van zwaarwegend belang. In de zorgplichtbepalingen van art. 3:296 Wft komt het verschil tussen misdrijf en overtreding in ieder geval niet tot uitdrukking in de maximale wettelijke sanctienorm. Verwacht mag worden dat de strafrechter daarmee wel rekening zal houden bij de strafmaat. Mogelijk is het tevens aangewezen het verschil in gedachten te houden in geval verdachte en (nog niet) vervolgende instantie buiten de rechtszaal om op zoek zijn naar een schikking.

## *iii. Zorggedragingen in wetsgeschiedenis*

*Art. 3:296 Wft: eerste lid* – Het eerste lid van art. 3:296 Wft geeft uitvoering aan art. 6 lid 2 eerste alinea van de fco-richtlijn en legt de onderneming die aan het hoofd van een financieel conglomeraat staat de verplichting op om aan een bepaalde kapitaaltoereikendheid te voldoen.<sup>63</sup> De bedoelde alinea uit de richtlijn luidt: “*De lidstaten schrijven voor dat de gereglementeerde entiteiten in een financieel conglomeraat ervoor zorgen dat eigen vermogen beschikbaar is op het niveau van het financiële conglomeraat dat altijd ten minste gelijk is aan de kapitaaltoereikendheidsvereisten zoals berekend overeenkomstig bijlage I*”.<sup>64</sup> De oorsprong van de term ‘zorgen’ ligt voor dit onderdeel dus in Europa. Opvallend is dat in het initiële voorstel voor een richtlijn van de Commissie, in het toenmalige art. 5 van de richtlijn, niet werd gesproken van ‘zorgen’.<sup>65</sup> Dat is later met andere redactio-

---

<sup>63</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 17, p. 32.

<sup>64</sup> Richtlijn nr. 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2003, L 35/1, zie p. 7).

<sup>65</sup> De betreffende alinea van het tweede lid luidde in eerste instantie “*De lidstaten of de betrokken bevoegde autoriteiten verplichten de gereguleerde entiteiten in een financieel conglomeraat ertoe [...]*”, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het

nele wijzigingen in het tweede lid terecht gekomen “om de formulering nauwkeuriger te maken [...]”<sup>66</sup> Een nadere Europese toelichting ontbreekt. Deze term is in Nederland vervolgens in de Wet op het financieel toezicht opgenomen op een wijze die niet afwijkt van de andere wettelijke strafrechtelijk zorgplichtconstructies zoals die in het (bijzondere) strafrecht al sinds de negentiende eeuw bekend zijn (zie hieronder over bijvoorbeeld arbeidswetgeving paragraaf 5.3.3). Op Europees niveau werd niet verplicht tot het gebruik van de scherpste tanden van het recht. Hoewel de parlementaire geschiedenis van de Wet op het financieel toezicht zeker niet klein is, kan daarbinnen geen onderbouwing worden aangetroffen voor de beslissing tot strafbaarstelling. Nederland heeft simpelweg zelfstandig en zonder toelichting gekozen voor het opnemen van art. 3:296 lid 1 Wft in art. 1 onder 2 WED.<sup>67</sup>

*Art. 3:296 Wft: tweede lid* – Het nieuw onder de Wet op de economische delicten te brengen tweede lid van art. 3:296 Wft is gebaseerd op de tweede alinea van art. 6 lid 2 van de fisco-richtlijn luidende: “De lidstaten schrijven tevens voor dat de geregementeerde entiteiten op het niveau van het financiële conglomeraat adequate kapitaaltoereikendheidsstrategieën hebben”.<sup>68</sup> Opvallend is dat hierin niet voor de term ‘zorgen’ of een variant daarop is gekozen. Nochtans dient naar Nederlands recht de onderneming uit het eerste lid van art. 3:296 Wft, indien een geregementeerde entiteit met zetel in Nederland deel uitmaakt van een financieel conglomeraat, ervoor ‘zorg te dragen’ dat er adequate kapitaaltoereikendheidsstrategieën zijn voor het conglomeraat als geheel. Tot het omvormen naar een zorgplichtbepaling dwong Europa net zo min als tot strafbaarstelling werd verplicht. Evenals bij het eerste lid van art. 3:296 Wft ontbreekt vervolgens iedere Nederlandse toelichting ten aanzien van de strafbaarstelling of de betekenis voor

---

aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEG* 2001, C 213E/227, zie p. 231).

<sup>66</sup> Gemeenschappelijk Standpunt (EG) nr. 52/2002 door de Raad vastgesteld op 12 september 2002 volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG (*PbEG* 2002, C 253E /1, zie p. 29).

<sup>67</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 658, nr. 2, p. 64 (toen nog 2:327 lid 1 Wft) en uiteindelijk Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 605, p. 71 (art. 3:296 lid 1 Wft).

<sup>68</sup> Richtlijn nr. 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2003, L 35/1, zie p. 7).

het ouderschap van het 'zorg'-bestanddeel.<sup>69</sup>

*Art. 3:296 Wft: derde lid* – Art. 3:296 lid 3 Wft is gebaseerd op art. 6 lid 2 eerste en tweede alinea van de fco-richtlijn.<sup>70</sup> Ten opzichte van het derde lid van art. 3:296 Wft heeft de wetgever overwogen dat daarin is rekening gehouden met de mogelijkheid dat de onderneming niet aan haar verplichtingen voldoet. *“In dat geval rust de verplichting, bedoeld in het eerste en tweede lid, op de gereguleerde entiteit”*.<sup>71</sup> Teneinde meer kapitaal in de groep te krijgen, zou de gereguleerde entiteit volgens de wetgever bijvoorbeeld zelf kapitaal kunnen aantrekken van buiten de groep. Wederom is de toelichting van de keuze voor strafbaarstelling in de Wet op de economische delicten ver te zoeken. Opvalt dat de wetgever spreekt van een verplichting, daar waar de artikellieden waaraan wordt gerefereerd zich louter uitdrukken middels ‘draagt zorg voor’ en niet letterlijk spreken van plichten of verplichtingen. Voor zover daarover op dit punt van het onderzoek nog terminologische onduidelijkheid zou bestaan, moet die hierbij verholpen zijn. Het gaat bij bepalingen waarin een geadresseerde wordt medegedeeld dat hij ergens voor heeft te zorgen, om *zorgplichten* of *zorgverplichtingen* hetgeen de woordkeus (wettelijke strafrechtelijke) *zorgplichtbepaling* (in enge zin) rechtvaardigt.

*Art. 3:296 Wft: achtste lid* – Over de achtergrond van het achtste lid van art. 3:296 Wft is meer te zeggen dan over de andere zorgplichtbepalingen van art. 3:296 Wft. Het voorgesteld in de Wet op de economische delicten op te nemen achtste lid van art. 3:296 Wft ziet op de situatie dat een groep geen financieel conglomeraat is maar in die groep naast een beleggingsonderneming of kredietinstelling (met zetel in Nederland) ook bepaalde verzekeraars (met zetel in Nederland) zijn opgenomen. Bij algemene maatregel van bestuur zouden voor die gevallen regels kunnen worden opgesteld met betrekking tot kapitaaltoereikendheid. Gericht op de onderneming aan het hoofd van evenbedoelde groep, komt de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling naar voren in de slotzin van het achtste lid: *“De onderneming die, alleen of tezamen met een andere onderneming, aan het hoofd staat van de groep draagt er zorg voor dat aan die regels wordt voldaan”*.<sup>72</sup> Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat ingevolge het achtste lid ook kapitaaltoereikendheidseisen kunnen worden gesteld ten aanzien van groepen die kwalificeren als financieel conglomeraat in de zin van ‘het Protocol’ maar die geen financieel conglomeraat zijn als bedoeld in de *richtlijn*.<sup>73</sup> In Nederland werd aldus verder gegaan dan de fco-richtlijn verlangde. Door de Nederlandse Vereniging van Banken en het Verbond van Verzekeraars is betoogd dat de noodzaak van de grondslag uit art. 3:296 lid 8 Wft om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te kunnen stellen niet voldoende is gemotiveerd. Dit is door de Minister niet-

---

<sup>69</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 17, p. 32.

<sup>70</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 21, p. 25.

<sup>71</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 17, p. 32.

<sup>72</sup> Gewijzigd bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 34, p. 17 en 38.

<sup>73</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 17, p. 32-33.

inhoudelijk weerlegd door slechts te herhalen dat van deze mogelijkheid alleen gebruik zal worden gemaakt als de noodzaak daarvoor is aangetoond.<sup>74</sup> Vooralsnog lijken de nadere regels inderdaad niet te zijn opgesteld. Belangrijker is echter de vraag naar de oorsprong en achtergrond van de zorgplichtbepaling.

*Kwestieus : 'het protocol' als oorsprong voor het zorgdragen in art. 3:296 lid 8 Wft?* Waar de strafrechtelijk te handhaven zorgplicht in art. 3:296 lid 8 Wft vandaan komt, wordt niet specifiek duidelijk gemaakt. De vormgeving met behulp van het gedragsbestanddeel 'zorgen' is in lijn met de eerste leden van art. 3:296 Wft. De bepaling is inhoudelijk verder ontleend aan het in de kamerstukken genoemde 'protocol' dat ooit tussen De Nederlandsche Bank en de voormalige Verzekeringskamer was gesloten en werd ingetrokken bij de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht.<sup>75</sup> Het oudste protocol over het toezicht op financiële groepen of conglomeraten zag het licht op 14 oktober 1990<sup>76</sup> en werd wel aangeduid als een 'semi-juridisch noodverband' omdat de juridische basis ervan niet helder was.<sup>77</sup> De grondslag van de eerste versie van het protocol zou impliciet moeten worden gezocht in art. 23, 24 en 26 lid 2 Wet toezicht kredietwezen 1992 (oud) en art. 81 Wet toezicht verzekeringsbedrijf (oud).<sup>78</sup> Als betere onderbouwing moesten later gedurende een korte periode de art. 68 Wtk 1992 (oud) en art. 9b Wtv (oud) dienst doen.<sup>79</sup> Van voornoemde artikelen, stonden alleen art. 23 en 24 Wtk 1992 (oud) opgenomen in de Wet op de economische delicten. De andere artikelen, art. 26 en 68 Wtk 1992 (oud) en art. 9b en 81 Wtv (oud), kwamen niet terug in de Wet op de economische delicten. De genoemde art. 23 en 24 Wtk 1992 (oud) die in eerste instantie als impliciete grondslagen van het protocol hadden moeten dienen, lijken als zodanig strafbaarstelling van het in het protocol bepaalde niet zelfstandig te hebben kunnen dragen. In die artikelen was namelijk slechts bepaald dat voor een bank/verzekeringsconcern een verklaring van geen bezwaar vereist was. Het niet beschikken over de betreffende verklaring was het economisch delict. Dat De Nederlandsche Bank en de Verzekeringskamer bij het afgeven van die verklaring de Minister konden adviseren en in dat verband een protocol hadden opgesteld omtrent hoe hun advies zou luiden zodat marktpartijen daarop konden anticiperen, maakt niet dat schending van dat protocol strafbaar was: strafbaar was het niet hebben van de benodigde verklaring.<sup>80</sup> Zoals al benadrukt, werd vervolgens gepoogd de grondslag van het protocol expliciet te

<sup>74</sup> Besluit van 12 oktober 2006, *Stb.* 2006, 508, p. 23-24.

<sup>75</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 17, p. 18-19 en 32-33.

<sup>76</sup> *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 800 IXB, nr. 4.

<sup>77</sup> E.D. Drok en C.H.H. Lambers, 'Het protocol uitgegeven door De Nederlandsche Bank en de Verzekeringkamer', *Nederlands Juristenblad* 1993-14, p. 503-504.

<sup>78</sup> A. Verhoeven, 'Het protocol van De Nederlandsche Bank en de Verzekeringkamer. Reactie', *Nederlands Juristenblad* 1993-28, p. 1022-1023.

<sup>79</sup> Idem en *Kamerstukken II*, 1992/93, 22 665, nr. 108, p. 31-32 en 42.

<sup>80</sup> De Raad van State had overigens gesuggereerd dat de inhoud van het protocol wettelijk werd vastgelegd maar de Minister zag daartoe geen noodzaak, *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 665, nr. B, p. 13 en 18-20.

maken in bepalingen die juist *niet* in de Wet op de economische delicten als economisch delict stonden opgesomd. Ook vanuit dat perspectief bestond dus nog geen ruimte voor het strafrecht. Al snel volgde dan ook een nieuw voorstel om tegemoet te komen aan de meermaals geuite wens het protocol van een sterke wettelijke basis te voorzien.<sup>81</sup> Die wettelijke basis heeft het protocol gekregen in de art. 25a Wtk 1992 (oud) en art. 175a Wtv 1993 (oud).<sup>82</sup> Dat het protocol daarmee een basis kreeg in wetten in formele zin, neemt echter niet weg dat daaraan nog steeds weinig strafrechtelijk was. Beide bepalingen hebben namelijk nooit in de Wet op de economische delicten gestaan.<sup>83</sup> Schending van het bij protocol bepaalde, lijkt met andere woorden nooit strafbaar te zijn geweest. Dat maakt de gebrekkige toelichting bij het aan het protocol ontleende art. 3:296 lid 8 Wft en de onlangs bij het wetsvoorstel Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving gemaakte keuze van de wetgever de strafbaarstelling van de zorgplichtbepaling te handhaven, des te schrijnender.

#### *iv. Recente jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepalingen van art. 3:296 lid 1, 2, 3 of 8 Wft is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Uit de achtergrond van de hier besproken leden van art. 3:296 Wft waarin geadresseerden worden verplicht 'zorg te dragen,' komt naar voren dat de wetgever geen helder onderbouwde keuze heeft gemaakt voor het werken met een zorgplichtbepaling. Duidelijk is geworden dat de wetgever evenmin heeft stilgestaan bij de verantwoording van de keuze voor openstelling van het strafrechtelijk sanctiearsenaal. Opvallend is dat alleen ten aanzien van art. 3:296 lid 1 Wft de wetgever geen vrije keuze had voor het gedragsbestanddeel. Tot het 'zorg dragen' in het eerste lid dwong de fico-richtlijn. Die richtlijn dwong echter bepaald niet tot strafrechtelijke handhaving. Het tweede en derde lid zijn eveneens ontleend aan de fico-richtlijn, maar voor wat die bepalingen betreft, werd de wetgever vanuit Europa in het geheel niet gedwongen tot het werken met een 'zorggedraging'. Voorts was ook hier de keuze voor strafrechtstoepassing optioneel. De Nederlandse wetgever koos zonder toelichting voor het strafrecht. Het achtste lid tot slot kent geen Europese oorsprong. Het achtste lid van art. 3:296 Wft is ontleend aan 'het protocol' waarvan merkwaardig is dat in de Wet op het financieel toezicht is gekozen voor strafbaarstelling, waar daarvoor bij het protocol nooit

---

<sup>81</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 544, nr. 3, p. 11. Zie ook de brief daaraan voorafgaand, *Kamerstukken II*, 1992/93, 22 800 IXB, nr. 44.

<sup>82</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 544, nr. 3, p. 11, zoals gewijzigd in *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 544, nr. 294, Wet van 6 april 1994, *Stb.* 1994, 278 in werking per 1 juli 1994, *Stb.* 1994, 477 en sindsdien tot de invoering van de Wet op het financieel toezicht niet noemenswaardig gewijzigd.

<sup>83</sup> Wel was art 25a lid 2 en 3 Wtk 1992 (oud) gezien art. 90b en 90c Wtk 1992 (oud) vatbaar voor een last onder dwangsom en beboeting door de toezichthouder. Dat gold overigens, gezien art. 188b en 188c Wtv 1993 (oud), niet voor art. 175a Wtv 1993 (oud).



een deugdelijke basis heeft bestaan. Op die manier is een niet-strafrechtelijk-juridisch document verworpen tot strafbepaling zonder enige deugdelijke toelichting. Bovendien betreft het niet zomaar een strafbepaling: het betreft een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Juist over dergelijke bepalingen lijkt meer te zeggen.

#### **5.3.1.4 Art. 5:30 Wft – ‘zorgt ervoor’**

Art. 5:30 Wft luidt als volgt. *“Een marktexploitant zorgt ervoor dat de gereglementeerde markt:*

- a. beschikt over regels en procedures voor het signaleren en beheersen van potentiële negatieve gevolgen voor de exploitatie of de goede werking van de gereglementeerde markt of voor haar deelnemers van conflicten tussen de belangen van de gereglementeerde markt, de eigenaars of de marktexploitant;*
- b. adequaat is toegerust voor de beheersing van de risico's waaraan zij is blootgesteld door in ieder geval te beschikken over regels en procedures om alle risico's van betekenis voor de exploitatie te signaleren en doeltreffende maatregelen te treffen om deze risico's te beperken;*
- c. beschikt over regels en procedures voor een gezond beheer van de technische werking van het systeem en over doeltreffende voorzorgsmaatregelen om met systeemstoringen verband houdende risico's te ondervangen;*
- d. beschikt over transparante, niet-discretionaire regels en procedures die voor een billijke en ordelijke handel zorgen, alsmede over objectieve criteria voor de doelmatige uitvoering van orders;*
- e. beschikt over doeltreffende regels en procedures voor een doelmatige en tijdige afhandeling van via haar systemen uitgevoerde transacties; en*
- f. beschikt over voldoende financiële middelen om een ordelijke werking van de markt te bevorderen, gelet op de aard en omvang van de op de markt uitgevoerde transacties en de reikwijdte en hoogte van de risico's waaraan zij is blootgesteld.”*

Art. 1 onder 2 WED luidt: *“Economische delicten zijn: [...] 2°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet op het financieel toezicht, de artikelen [...] 5:30[...]*”

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]*”

*i. Strafbepaling*

Evenals het geval is ten aanzien van art. 3:296 lid 1, 2, 3 en 8 Wft, is slechts de opzettelijke variant een misdrijf. Voorzover het economisch delict art. 5:30 Wft onopzettelijk is begaan, is het een overtreding. Dat heeft gevolgen voor de mogelijke sancties: de misdrijfvariant kent zwaardere sancties dan de overtredingvariant. Art. 5:30 Wft is gericht tot de marktexploitant. De marktexploitant is een persoon (rechtspersoon of natuurlijke persoon) die een gereguleerde markt beheert of exploiteert (art. 1:1 Wft). Deze persoon moet volgens de wetgever *er-voor zorgen* dat de gereguleerde markt die door hem wordt geëxploiteerd, kort gezegd, beschikt over voldoende financiële middelen en over een groot aantal verschillende regels en procedures, die afwisselend onder meer transparant, doeltreffend en niet-discretionair moeten zijn.

*ii. Opmerkelijkheden*

De afzonderlijke onderdelen van art. 5:30 Wft lijken voor zich te spreken. Hoe gecompliceerd de verlangde regels en procedures inhoudelijk ook mogen zijn, duidelijk is dat de geadresseerde ervoor zal moeten zorgen dat de gereguleerde markt ze heeft. Beschikt de gereguleerde markt daarover niet, dan is de marktexploitant dader. Art. 5:30 Wft is een vrij grote zorgplichtbepaling. Anders dan de meeste zorgplichtbepalingen die veelal betrekking hebben op kleinere onderwerpen, is art. 5:30 Wft veelomvattend. Bovendien geldt dat indien aan één deelaspect niet wordt voldaan, dan reeds het strafrecht in stelling kan worden gebracht.

*iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In eerste instantie luidde art. 5:30 Wft anders dan thans het geval is. De strekking was weliswaar ongeveer dezelfde aangezien de houder van een gereguleerde markt zich aan de regels uit Europese richtlijnen diende te houden en overtreding van de bepaling eveneens een economisch delict was. Verschil was echter dat in de versie van art. 5:30 Wft die gold van 1 januari 2007 tot 1 november 2007 een plicht te zorgen ontbrak. De implementatie van de Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)<sup>84</sup> bracht daarin verandering.<sup>85</sup> In art. 5:30 Wft werd een plicht te zorgen opgenomen. Maar in tegenstelling tot andere artikelen uit de Markets in Financial Instruments Directive,<sup>86</sup> dwingt art. 39 onder a tot en met e MiFID, waarop art. 5:30 Wft in de huidige vorm is gebaseerd,<sup>87</sup> geenszins tot de gekozen zorgplicht redactie.<sup>88</sup> Als voorbeeld mag het subonderdeel e die-

---

<sup>84</sup> Richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (*PbEU* 2004, L 145/1).

<sup>85</sup> Wet van 30 oktober 2007, *Stb.* 2007, 406.

<sup>86</sup> Zie bijvoorbeeld art. 13 lid 6 MiFID.

<sup>87</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 171-172.

<sup>88</sup> Richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betref-

nen. *“Artikel 39 Organisatorische eisen. De lidstaten schrijven voor dat een gereglementeerde markt: [...] e) doeltreffende regelingen moet hebben getroffen voor een efficiënte en tijdige afhandeling van volgens haar systemen uitgevoerde transacties”*. Daarvan is in de Wet op het financieel toezicht het volgende gemaakt. *“Art. 5:30 Een marktexploitant zorgt ervoor dat de gereglementeerde markt: [...] e. beschikt over doeltreffende regels en procedures voor een doelmatige en tijdige afhandeling van via haar systemen uitgevoerde transacties”*. Opvallend is dat de formulering (bijvoorbeeld ‘via haar systemen’ in plaats van ‘volgens haar systemen’) in de Wet op het financieel toezicht nog gebaseerd lijkt te zijn op de voorloper van art. 39 MiFID, te weten art. 36 MiFID, zoals die door de Commissie in de eerste versie van de richtlijn werd aangedragen. Bedoelde voorloper luidde als volgt. *“[...] De lidstaten schrijven voor dat een gereglementeerde markt: [...] e) doeltreffende regelingen moet hebben getroffen voor een efficiënte en tijdige afhandeling van de volgens haar regels en via haar systemen uitgevoerde transacties”*.<sup>89</sup> Het is duidelijk wat van begin af aan fout is gegaan in de Nederlandse parlementaire behandeling.<sup>90</sup> Mogelijk is dat echter niet zonder gevolgen. Enerzijds zou kunnen worden betoogd dat dit zal moeten worden gezien als een simpele vergissing. Maar door de gebrekkige toelichting kan anderzijds een bewuste keuze van de wetgever te willen afwijken van de Markets in Financial Instruments Directive niet worden uitgesloten. Naar een uitleg op de keuze voor ‘via’ in art. 5:30 Wft, in plaats van ‘volgens’ zoals zou moeten op basis van art. 39 MiFID, zal namelijk vruchteloos worden gezocht.<sup>91</sup> De stelling dat aan de zinsnede ‘volgens haar systemen uitgevoerde transacties’ dezelfde betekenis zou moeten toekomen als aan ‘via haar systemen uitgevoerde transacties’, is daarom zeker voor discussie vatbaar. Dit staat evenwel los van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling die hier wordt besproken maar is wel interessant genoeg te worden benoemd. Het is zeer aannemelijk dat de wetgever niet heeft stilgestaan bij de strafrechtelijke betekenis van het werkwoord ‘zorgen’ als bestanddeel. Voorts is in de betreffende richtlijn niets gezegd over handhaving langs strafrechtelijke weg van deze bepaling. Ook dat is op initiatief van de Nederlandse wetgever gebeurd.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling van art. 5:30 Wft is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

---

fende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (*PbEU* 2004, L 145/1, zie p. 28).

<sup>89</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende beleggingsdiensten en gereglementeerde markten, en tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2003, C 71E/62, zie p. 113).

<sup>90</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 086, nr. 2, p. 42 en *Stb.* 2007, 406, p. 43-44.

<sup>91</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 171-172.

*v. Tussenstand*

De wetgever is noch bij de wijziging van de Wet op het financieel toezicht naar aanleiding van de Markets in Financial Instruments Directive per 1 november 2007, noch bij het strafrechtelijk in stand houden van de bepaling met de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving per 1 augustus 2009, ingegaan op de vraag waarom art. 5:30 Wft een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling zou moeten zijn. Niettemin is dus gekozen voor én strafbaarstelling én gebruik van het werkwoord zorgen als bestanddeel.

**5.3.1.5 Art. 5:64 lid 6 Wft – ‘draagt ervoor zorg’**

Art. 5:64 lid 6 Wft luidt als volgt. *“6. Een uitbrenger van een beleggingsaanbeveling die in of vanuit Nederland een samenvatting van een door een derde uitgebrachte beleggingsaanbeveling verspreidt, draagt ervoor zorg dat deze samenvatting duidelijk, niet misleidend en direct en gemakkelijk toegankelijk is. Tevens maakt hij daarbij melding van de plaats waar de informatie die in de samenvatting wordt weergegeven toegankelijk is, indien deze informatie openbaar is.”*

Art. 1 onder 2 WED luidt: *“Economische delicten zijn: [...] 2°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet op het financieel toezicht, de artikelen [...]5:64, eerste en derde tot en met zevende lid; [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]”*

*i. Strafbepaling*

Gelijk art. 5:30 Wft en 3:296 lid 1, 2, 3 en 8 Wft, geldt voor art. 5:64 lid 6 Wft, dat in het licht van misdrijven en overtredingen onderscheid wordt gemaakt tussen opzettelijke en niet-opzettelijke delicten. De opzettelijke economische delicten worden aangemerkt als misdrijf. De bedreigde sancties zijn dezelfde als die op de overige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin in de Wet op het financieel toezicht staan gesteld. De geadresseerde van het zesde lid van art. 5:64 Wft is de uitbrenger van een beleggingsaanbeveling die in of vanuit Nederland een samenvatting van een door een derde uitgebrachte beleggingsaanbeveling verspreidt. De uitbrenger van een beleggingsaanbeveling is een persoon die in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een beleggingsaanbeveling uitbrengt (art. 5:53 lid 6 Wft). De persoon kan een rechtspersoon of natuur-

lijk persoon zijn (art. 1:1 Wft). Deze geadresseerde *draagt ervoor zorg* dat de samenvatting duidelijk, niet misleidend en direct en gemakkelijk toegankelijk is.

## ii. Opmerkelijkheden

De gekozen redactie van de zorgplichtbepaling zou de indruk kunnen wekken dat de strafbare gedraging het *verspreiden* van de samenvatting van de beleggingsaanbeveling is. Het verspreiden wijst slechts de weg naar de geadresseerde; naar degene die dader kan zijn. De eventueel te bestraffen dader is degene die de delictsgedraging verricht. De delictsgedraging is in art. 5:64 lid 6 Wft niet het verspreiden, maar is het (niet) *zorgen* voor een duidelijke, niet misleidende, direct en gemakkelijk toegankelijke samenvatting.

## iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis

In de parlementaire geschiedenis bij de Wet op het financieel toezicht komt uiteraard art. 5:64 Wft ter sprake als onderdeel van het strafrechtelijk meer gewichtige ‘marktmisbruik’ (art. 5:53 – 5:67 Wft). Over het zesde lid van art. 5:64 Wft wordt daarbij helaas niets gezegd.<sup>92</sup> Het artikel is later (per 1 november 2007) beïnvloed door art. 26 MiFID.<sup>93</sup> De wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling uit het zesde lid werd daardoor niet geraakt.<sup>94</sup> De voorganger van art. 5:64 Wft was art. 47e Wte 1995 (oud) dat op 23 juni 2005 werd ingevoerd en gebaseerd was op art. 6 lid 5, 9 en 10 Richtlijn marktmisbruik en de art. 1 tot en met 9 Uitvoeringsrichtlijn aanbevelingen.<sup>95</sup>

## Europese oorsprong voorloper 5:64 lid 6 Wft

Het zesde lid van art. 5:64 Wft is letterlijk overgenomen van art. 47e lid 6 Wte 1995 (oud). De vraag is in hoeverre de wetgever toentertijd bewust heeft gekozen voor het gebruik van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling. In de Richtlijn marktmisbruik is overwogen dat *“iedere inbreuk op de krachtens deze richtlijn vastgestelde verbodsbepalingen of vereisten onverwijld aan het licht gebracht en bestraft [dient – BK] te worden. Daartoe moeten de sancties voldoende afschrikwekkend zijn en in verhouding tot de ernst van de inbreuk en de gerealiseerde winst staan en consequent worden toegepast”*.<sup>96</sup> Verondersteld werd dat

<sup>92</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 29 708, nr. 19, p. 333, 599 en 608-610; *Kamerstukken II*, 2006/07, 29 708, nr. 20, p. 94; *Kamerstukken II*, 2006/07, 29 708, nr. 37, p. 70-72, 74-75; *Kamerstukken II*, 2006/07, 29 708, nr. 41, p. 92; *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 658, nr. 5, p. 16 en *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 176.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 176.

<sup>94</sup> Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 605 en Wet van 30 oktober 2007, *Stb.* 2007, 406.

<sup>95</sup> Wet van 23 juni 2005, *Stb.* 2005, 346, Richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (*PbEU* 2003, L 96/16) respectievelijk Richtlijn 2003/125/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 22 december 2003 tot uitvoering van richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de juiste voorstelling van beleggingsaanbevelingen en de bekendmaking van belangenconflicten betreft (*PbEU* 2003, L 339/73).

<sup>96</sup> Richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (*PbEU* 2003, L

hierdoor het communautair rechtskader tegen marktmisbruik naar behoren zou kunnen functioneren. Op strafrechtelijke handhaving werd aldus vanuit Europa aangedrongen. Dat gold met name de verbodsbepalingen betreffende gebruik van voorwetenschap en marktmanipulatie. Maar ook tegen inbreuken op andere vereisten moest kennelijk worden opgetreden waardoor de nationale wetgever weinig speelruimte is gelaten.<sup>97</sup> In art. 6 lid 5 van de Richtlijn marktmisbruik is neergelegd dat personen die aanbevelingen doen “*redelijke maatregelen treffen om te waarborgen dat de informatie een juiste voorstelling van zaken biedt*”.<sup>98</sup> Specifiek ten aanzien van beleggingsaanbevelingen is een uitvoeringsrichtlijn uitgevaardigd. In art. 8, vierde alinea Uitvoeringsrichtlijn beleggingsaanbevelingen wordt erop gewezen dat de betrokken personen die een samenvatting van een door een derde uitgebrachte aanbeveling verspreiden, *ervoor zorg dragen* dat de samenvatting duidelijk en niet misleidend is en dat melding wordt gemaakt waar het brondocument – voor zover dat openbaar is – voor het publiek gemakkelijk en direct toegankelijk is.<sup>99</sup> Het voorgaande is, voordat de Wet op het financieel toezicht bestond, teruggekomen in art. 47e lid 6 Wte 1995 (oud). Zodoende is op Europees niveau, overigens zonder noemenswaardige toelichting, de beslissing genomen tot een strafrechtelijke zorgplichtbepaling.<sup>100</sup>

#### *Nationale geschiedenis voorloper 5:64 lid 6 Wft*

In de Nederlandse parlementaire stukken is daarmee als volgt omgegaan. Het initiële wetsvoorstel ter implementatie van de Marktmisbruik richtlijn kende voor art. 47e lid 6 Wte 1995 (oud) een licht afwijkende redactie<sup>101</sup> en een plaats in het zevende lid van het artikel.<sup>102</sup> Nadat in de memorie van toelichting aan de andere leden van art. 47e Wte 1995 (oud) een vrij uitgebreide beschouwing is gewijd, overweegt de wetgever slechts: “*In het zesde en zevende lid worden de ar-*

---

96/19), overweging 38.

<sup>97</sup> C.M. Grundmann-van de Krol en F.G.H. Kristen, ‘Europese aanpak van marktmisbruik’, in: D. Doorenbos e.a. (red.), *Handboek marktmisbruik*, Deventer: Kluwer 2008, p. 9-70, m.n. p. 39, 48 en 61 en G.T.J. Hoff, ‘Regels ter voorkoming van marktmisbruik’, in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 367-402, m.n. p. 368.

<sup>98</sup> Richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (*PbEU* 2003, L 96/16, zie p. 22).

<sup>99</sup> Richtlijn nr. 2003/125/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 22 december 2003 tot uitvoering van richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de juiste voorstelling van beleggingsaanbevelingen en de bekendmaking van belangenconflicten betreft (*PbEU* 2003, L 339/73, zie p. 77).

<sup>100</sup> De Commissie heeft in het kader van de Lamfalussy procedure wel technisch advies ingewonnen bij the Committee of European Securities Regulators (CESR), Committee of European Securities Regulators, *CESR’s Advice on Level 2 Implementing Measures for the proposed Market Abuse Directive*, December 2002, CESR/02.089d, alinea 103, p. 34.

<sup>101</sup> In *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 827, nr. 8, p. 5-6, 11 werden later ‘in of vanuit Nederland’ toegevoegd en ‘het eerste lid’ vervangen door ‘het tweede lid’. Daarnaast werd de bepaling verschoven naar het zesde lid.

<sup>102</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 827, nr. 2, p. 10.

*tikelen 7, 8 en 9 van de Uitvoeringsmaatregel aanbevelingen geïmplementeerd*".<sup>103</sup> Voorts vergist de wetgever zich door in transponeringstabellen op te nemen dat, in tegenstelling tot hetgeen zojuist zichtbaar werd over de Europese oorsprong van de zorgplichtbepaling, het toenmalige zevende lid (louter) de implementatie is van art. 8 alinea 1 tot en met 3 van de Uitvoeringsrichtlijn beleggingsaanbevelingen.<sup>104</sup> Daarna werd in een nieuwe parlementaire ronde het voorgestelde art. 47e Wte 1995 (oud) geheel herzien en werd lid 7 het uiteindelijke lid 6. Daarbij bestond helaas geen aandacht voor de strafrechtelijk handhaafbare zorgplicht in dat zesde lid.<sup>105</sup> Slechts werd in een schema wederom de vergissing gemaakt dat art. 47e lid 6 Wte 1995 (oud) gebaseerd zou zijn op art. 8 alinea 3 van de Uitvoeringsrichtlijn beleggingsaanbevelingen.<sup>106</sup> Tijdens de parlementaire behandeling spreken de parlementariërs vervolgens vele zorgen uit, maar geen daarvan heeft betrekking op de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling van art. 47e lid 6 Wte 1995 (oud).<sup>107</sup> Deze wet passeerde tot slot de Eerste Kamer zonder beraadslaging en stemming.<sup>108</sup> Zodoende wordt duidelijk dat ook in dit geval de zorgplichtbepaling zonder nadere overweging is overgenomen van de Europese regelgever. Het zou kunnen zijn dat de voorwetenschap en marktmanipulatie als bliksemafleiders hebben gewerkt bij de verdeling van aandacht bij de verwerking van de marktmisbruik regeling. Duidelijk wordt opnieuw dat de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling op geen belangstelling van de wetgever heeft kunnen rekenen. In de literatuur bestaat ook voor deze strafrechtelijke zorgplichtbepaling geen bijzondere interesse en wordt het artikellid hooguit met de gehele bepaling als 'bijzonder voorschrift' aangemerkt.<sup>109</sup>

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling van art. 5:64 lid 6 Wft is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

De wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin uit het zesde lid van art. 5:64 Wft komt vrij rechtstreeks uit Europa. De Nederlandse wetgever heeft daarmee bepaald weinig gedaan. In de wetsgeschiedenis is niets medegedeeld

<sup>103</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 44.

<sup>104</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 46, 49. Bij de Wet op het financieel toezicht is dit overigens wel goed gegaan, *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 21, p. 31. Zie voorts N.M. Giphart, 'De implementatie van Europese wetgeving in de Wet op het financieel toezicht', *Sociaal Economisch Weekblad*, 2008-5, p. 171-178, m.n. p. 175.

<sup>105</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 827, nr. 8, p. 5-6 en 8-11.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>107</sup> *Handelingen II*, 2004/05, nr. 83, p. 4977-4987.

<sup>108</sup> *Kamerstukken I*, 2004/05, 29 827, nr. B, en *Handelingen I*, 2004/05, nr. 29, p. 1354.

<sup>109</sup> G.T.J. Hoff, 'Regels ter voorkoming van marktmisbruik', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 367-402, m.n. p. 400. Zie voorts evenmin uitgebreid D.H. Cross, 'Beleggingsaanbevelingen', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 341-362, m.n. p. 351.

over de inhoud van het zorgen. Evenmin is iets duidelijk gemaakt omtrent het eventuele ouderschap.

#### **5.3.1.6 Tussenstand financieel toezichtrecht**

Helaas is niet gebleken van eventuele achterliggende ideeën waardoor de strafbaarstelling met behulp van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin in de Wet op het financieel toezicht deugdelijk zou kunnen worden verantwoord.<sup>110</sup> In vrijwel alle gevallen spelen Europese voorschriften een belangrijke rol. De nationale bepalingen worden daarop tamelijk laks geënt. In sommige gevallen wordt vanuit Europa zelfs in het geheel niet gedwongen tot het gebruik van het gedragsbestanddeel 'zorgen' of tot gebruik van het strafrecht. Desondanks is daarvoor dan door de Nederlandse wetgever toch vrijwillig gekozen. Die vrijwillige nationale keuze blijft evenwel steeds verstoken van een uitwerking in de wetsgeschiedenis.

Evenmin als werd gesproken over de zorgplichtbepalingen in het algemeen, werd gesproken over het ouderschap bij die bepalingen in het bijzonder. Dat roept de vraag op in hoeverre de wetgever zich bewust is van eventuele bijzonderheden van zorgplichtbepalingen. Zou het zo kunnen zijn dat sinds de wederopstanding van het hier onderzochte type zorgplichtbepalingen in de jaren tachtig eigenlijk niet meer is stilgestaan bij de inhoud ervan? Een positieve beantwoording van die vraag zou inhouden dat voor de materieelrechtelijke betekenis van zorgplichtbepalingen moet worden teruggegrepen op bepalingen en wetsgeschiedenissen van voor de herontdekking van zorgplichtbepaling. In de navolgende paragrafen wordt bezien in hoeverre op andere terreinen van het bijzondere strafrecht wel wordt stilgestaan bij momenteel geldende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

#### **5.3.2 Strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in milieuwetgeving**

Veruit de meeste aandacht voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen lijkt te bestaan op het gebied van het milieustrafrecht. Daarover zijn door de jaren heen, en vooral vanaf de jaren negentig, verscheidene rapporten verschenen.<sup>111</sup> Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden, zoals gezegd, gekenmerkt door het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) dat als bestanddeel staat opgenomen. In bijvoorbeeld de Wet milieubeheer komen meer van dat soort delicten voor die via de Wet op de economische delicten binnen het strafrechtelijk bereik vallen. De milieuwetgeving beslaat vanzelfsprekend meer

---

<sup>110</sup> Zie eveneens kritisch hierover D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566, m.n. p. 546-547 en 553-554.

<sup>111</sup> Onder meer M.J.C. Visser en A. de Lange, *Milieustrafrecht. Onderzoek en aanbevelingen voor theorie en praktijk (WODC-rapport)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007. Zie voorts Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 14 en Werkgroep Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 383, nr. 51.



regelgeving dan alleen de Wet milieubeheer. In de Wet op de economische delicten is in art. 1a WED een overzicht te vinden van vrijwel alle mogelijk strafrechtelijk te sanctioneren milieudelicten (in ruime zin). Voorbeelden van via de Wet op de economische delicten strafrechtelijk te handhaven wettelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, worden naast de Wet milieubeheer onder meer gevonden in de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, de Wet voorkoming verontreiniging door schepen, de Flora- en faunawet, de Natuurbeschermingswet 1998, de Wet bescherming Antarctica en de Woningwet. Veelal wordt in deze, en in de andere in art. 1a WED genoemde wetten, de schending van vergunningsvoorwaarden strafbaar gesteld. Evenals bij lagere regelgeving middels gelede normstelling het geval is, kunnen onder omstandigheden in voorschriften die betrekking hebben op vergunningen, zorgplichtbepalingen opgenomen staan. Maar, net zo min als bij die lagere gelede normstelling, zal in dit onderzoek worden ingegaan op de strafrechtelijke zorgplichtbepalingen die tot uitdrukking worden gebracht in vergunnings- of ontheffingsvoorwaarden.<sup>112</sup>

#### *Overzicht milieu gerelateerde wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin*

De navolgende bepalingen moeten in ieder geval worden aangemerkt als wettelijke milieustrafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Het betreft art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden (paragraaf 5.3.2.2), art. 11 lid 1 en art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen (paragraaf 5.3.2.4), art. 54 Flora- en faunawet (paragraaf 5.3.2.3), art. 17 lid 4 en art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 (paragraaf 5.3.2.8), art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica (paragraaf 5.3.2.7), art. 1a lid 1 en 2 Woningwet (paragraaf 5.3.2.5) en art. 9.2.3.1 lid 1, art. 9.4.5 lid 1 en 2 en art. 10.55 lid 3 Wet milieubeheer (paragraaf 5.3.2.1). Deze bepalingen worden in de Wet op de economische delicten aangemerkt als economisch delict. Tot 1 januari 2008 stond in de Wet op de economische delicten ook een aantal bepalingen uit de Destructiewet (oud) opgenomen. Hoewel tegenwoordig niet meer geldend, verdient art. 12 lid 3 Destructiewet toch een korte bespreking aan het slot van deze milieuparagraaf (paragraaf 5.3.2.6).

#### *Stramien van bespreking*

Ten aanzien van de milieu gerelateerde wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, zal hetzelfde stramien worden gevolgd als hierboven bij de commune en financieel toezichtrechtelijke strafbepalingen is gebeurd. Dat houdt in dat eerst de zorgplichtbepaling zelf, vergezeld van de strafbaarstelling en sanctienorm zal worden aangehaald. Daarna wordt gekeken naar (i) de inhoud van de bepaling toegespitst op sancties, misdrijf/overtreding, geadresseerde en zorggedraging, (ii) opmerkelijkheden, (iii) zorggedraging in wetsgeschiedenis en (iv)

---

<sup>112</sup> Reden daarvoor is simpelweg de omvang en het gebrek aan toegevoegde waarde (ten opzichte van de *wettelijke* bepalingen) voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

jurisprudentie.

### 5.3.2.1 Wet milieubeheer

Veruit de belangrijkste milieuwet op het gebied van zorgplichtbepalingen, lijkt de Wet milieubeheer te zijn. Overigens doet de Wet bodembescherming daar weinig voor onder, maar in die wet zijn geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de hier gehanteerde enge betekenis (zie paragraaf 4.3) neergelegd. In de Wet milieubeheer is een viertal delicten te vinden dat valt binnen de omschrijving van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling. De art. 9.2.3.1 lid 1, 9.4.5 lid 1 en 2 en 10.55 lid 3 Wet milieubeheer kenmerken zich stuk voor stuk door het werkwoord zorgen dat als bestanddeel daarin voorkomt.

#### 5.3.2.1.1 Art. 9.2.3.1 Wmb – ‘draagt er zorg voor’

Art. 9.2.3.1 lid 1 Wmb luidt als volgt. *“1. Degene die een stof of preparaat aan een ander ter beschikking stelt of in Nederland invoert, behorende tot een of meer van de in het tweede lid aangewezen categorieën, draagt er zorg voor dat die stof of dat preparaat bij de aflevering en bij het ter aflevering voorhanden hebben is verpakt en op de verpakking is aangeduid overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen van deze paragraaf.”*

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn eveneens: [...] 2° overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet milieubeheer, de artikelen [...] 9.2.1.3 [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.[...]”*

Art. 6 lid 1 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2° in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4° in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]”*

#### *i. Strafbepaling*

Evenals bij de financiële zorgplichtbepalingen in de vorige paragraaf het geval was, wordt in de Wet op de economische delicten ten aanzien van art. 9.2.3.1 Wmb afhankelijk van het aanwezige opzet onderscheiden tussen misdrijf en overtreding (art. 2 lid 1 WED). Op de misdrijf variant van art. 9.2.3.1 Wmb staat een sanctie gesteld van gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De twee laatstgenoemde sancties staan ook open in geval van de overtredingsvariant. Het verschil is dan echter gelegen in de vrijheidsstraf. Indien art. 9.2.3.1 Wmb niet-opzettelijk wordt overtreden kan een

hechtenisstraf van ten hoogste zes maanden worden opgelegd. De zorgplichtbepaling is gericht tot degene (veelal de fabrikant of importeur) die een stof of preparaat aan een ander ter beschikking stelt of in Nederland invoert, behorende tot een of meer van de in het tweede lid aangewezen categorieën. Van deze geadresseerde wordt verlangd dat hij ervoor zorgdraagt dat die stof of dat preparaat bij de aflevering en bij het ter aflevering voorhanden hebben is verpakt en op de verpakking is aangeduid overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen van de paragraaf waarin art. 9.2.3.1 Wmb is opgenomen. In het tweede lid van art. 9.2.3.1 Wmb worden verschillende categorieën stoffen en preparaten aangewezen, waaronder bijvoorbeeld de categorie ontplofbaar, de categorie oxiderend en de categorie licht ontvlambaar.

## *ii. Opmerkelijkheden*

Art. 9.2.3.1 Wmb is momenteel behoorlijk in beweging. Zo is onlangs voorgesteld de bepaling per 1 december 2010 te beperken tot preparaten.<sup>113</sup> Stoffen zouden dan buiten het bereik van de bepaling gaan vallen. Per 1 juni 2015 is zelfs voorgesteld de bepaling geheel te schrappen.<sup>114</sup> Aanleiding voor de voorgestelde wijziging van de Wet milieubeheer vormt de uitvoering van een verordening van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de indeling, etikettering en verpakking van stoffen en mengsels en tot wijziging en intrekking van bepaalde richtlijnen en verordeningen.<sup>115</sup> Vooralsnog staat deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin nog overeind. Dat geeft voldoende aanleiding de achtergrond van het 'zorgen' uit art. 9.2.3.1 Wmb aan een nader onderzoek te onderwerpen.

## *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Art. 9.2.3.1 Wmb is ingevoerd per 1 juni 2008 als onderdeel van de Uitvoeringswet EG-verordening registratie, evaluatie en autorisatie van chemische stoffen, kort aangeduid met 'REACH'.<sup>116</sup> Deze uitvoeringswet voorziet in de implementatie van Europese voorschriften en tevens in de wijziging en intrekking van een aantal andere wetten (onder andere de Wet milieugevaarlijke stoffen) die de opname van REACH in de Wet milieubeheer zouden doorkruisen. In dat licht moet art. 9.2.3.1 Wmb worden geplaatst. Het betreft een overheveling van art. 34 en 39 lid 1 en 2 Wet milieugevaarlijke stoffen.<sup>117</sup> Vrijwel heel de nieuwe titel 9.2 in de Wet milieubeheer is afkomstig uit een groot deel van de Wet milieugevaarlijke stoffen.

<sup>113</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 894, nr. 2, p. 3-4.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 4-5.

<sup>115</sup> Verordening (EG) nr. 1272/2008 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 betreffende de indeling, etikettering en verpakking van stoffen en mengsels tot wijziging en intrekking van de Richtlijnen 67/548/EEG en 1999/45/EG en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1907/2006 (*PbEU* 2008 L 353/1).

<sup>116</sup> Wet van 16 mei 2007 *Stb.* 2007, 181. In werking per 1 juni 2008, *Stb.* 2007, 182.

<sup>117</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3, p. 54.

*Zorgplichtbepaling door wetgever gebruikt in ruimere zin*

In de memorie van toelichting bij REACH-uitvoeringswet staan relevante algemene overwegingen opgenomen betreffende het gebruik van zorgplichtbepalingen in ruime zin.<sup>118</sup> De wetgever heeft aldaar zelf de term 'zorgplichtbepaling' in de mond genomen. De betreffende opmerkingen zijn enerzijds tot op zekere hoogte ook relevant voor art. 9.2.3.1 Wmb. Mogelijk kan daaruit namelijk een en ander kunnen worden afgeleid voor wat betreft de materieelrechtelijke betekenis van het 'zorgen'. Anderzijds zou over die relevantie kunnen worden getwijfeld omdat ten eerste bij lezing van de memorie van toelichting niet duidelijk wordt wat de wetgever bedoelt met zorgplichtbepalingen. Ten tweede wordt evenmin duidelijk welke precieze delicten uit de Wet milieubeheer als zorgplichtbepaling moeten worden aangemerkt volgens de wetgever. Ten derde openen veel van de in de Wet op de economische delicten als economisch delict aangemerkte bepalingen de mogelijkheid voor lagere regelgeving in de vorm van algemene maatregelen van bestuur zodat ook die binnen het bereik van de terminologie van de wetgever kunnen vallen.<sup>119</sup> Voorbeelden daarvan zijn de art. 9.2.1.4, 9.2.2.1 en 9.2.3.2 Wmb. Daarin komen ook verschillende zorgplichtbepalingen voor.<sup>120</sup> Daarnaast is voorzien in een aantal reguliere verplichtingen (zonder zorg) en verbodsbepalingen. In de REACH-wetswijziging zelf staan eigenlijk vrij weinig delicten opgenomen die zouden kunnen doorgaan voor zorgplichtbepaling. Aan art. 9.2.3.1 Wmb kan alleen art. 9.2.1.2 Wmb als zorgplichtbepaling in ruime zin worden toegevoegd. Daarin wordt een ieder verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde bepaalde gevaren voor de gezondheid van de mens of voor het milieu zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken. Zoals gezegd (paragraaf 4.3) is onderhavig onderzoek in beginsel niet gericht op zorgplichtbepalingen met als bestanddeel 'alle maatregelen nemen' en dergelijke formuleringen meer. Op dit punt is het evenwel van belang helder te krijgen op welke (zorgplicht)bepalingen de wetgever het oog heeft bij de toelichting op de REACH-uitvoeringswet. In de toelichting op de REACH-wetswijziging wordt namelijk nadrukkelijk aandacht besteed aan de overheveling van de Wet milieugevaarlijke stoffen naar de Wet milieubeheer in titel 9.2 van hoofdstuk 9 van de Wet milieubeheer. In het bijzonder is in die bespreking een paragraaf opgenomen met als titel '6.2 Zorgplicht'.<sup>121</sup> Dat daarbij mogelijk uitvoerig is stilgestaan terwijl in dit onderdeel van de wet slechts twee zorgplichtbepalingen staan opgenomen,

---

<sup>118</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3, p. 22-24.

<sup>119</sup> Zie over deze terminologische problematiek reeds eerder paragraaf 4.2.

<sup>120</sup> Het op art. 9.2.1.4 Wmb gebaseerde 'Administratiebesluit milieugevaarlijke stoffen en preparaten' (*Stb.* 1988, 208 in verband met REACH-wetgeving gewijzigd bij *Stb.* 2008, 160, p. 16-17) bevat geen zorgplichtbepalingen. Het eveneens op art. 9.2.1.4 Wmb, maar ook op de art. 9.2.2.1 en 9.2.3.2 Wmb gebaseerde 'Vuurwerkbesluit' (*Stb.* 2002, 33, in verband met REACH-wetgeving gewijzigd bij *Stb.* 2008, 160, p. 18-19) bevat daarentegen wel een aantal zorgplichtbepalingen die merendeels zijn gegoten in termen als 'draagt er voor zorg' en 'draag er zorg voor', bijvoorbeeld art. 1.4.3 Vuurwerkbesluit. Gezien art. 1a onder 1 of 2 WED zijn het economische delicten.

<sup>121</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3, p. 23-24.

onderstreept het belang van deze bepalingen. In het navolgende zal worden stilgestaan bij wat de wetgever in het algemeen over zorgplichtbepalingen in de nieuwe titel 9.2 uit de Wet milieubeheer heeft gezegd. Daarna wordt gezien wat door de nationale wetgever en de Europese regelgever is meegegeven over art. 9.2.3.1 in het bijzonder. Vervolgens worden de voorlopers van art. 9.2.3.1 Wmb (te weten art. 34 en 39 Wet milieugevaarlijke stoffen) onder de loep genomen.

*Wetgever algemeen over zorgplichtbepalingen in nieuwe titel 9.2 Wmb*

Door de wetgever wordt erop gewezen dat ‘de zorgplichtbepaling’<sup>122</sup> in de afgelopen jaren ‘handhaafbaar is gebleken’. Tevens wordt opgemerkt dat in het verleden veelvuldig van de bepalingen gebruik is gemaakt om in procedures te schikken en dat ‘de zorgplichtbepaling’ geldt *“als vangnet bij het ontbreken van specifieke regels”*.<sup>123</sup> De wetgever laat in de memorie van toelichting in de specifieke ‘zorgplicht’-paragraaf weten dat niet voorziene gevaren zich altijd kunnen voordoen ten gevolge van calamiteiten, van nieuwe ontwikkelingen of de ontdekking van bijzondere gevaren die eerder niet bekend waren. *“Daarom rust op degenen die beroepshalve handelingen verrichten met chemische stoffen, preparaten en ggo’s, de plicht om daarbij grote zorgvuldigheid te betrachten”*.<sup>124</sup> Die ‘grote zorgvuldigheid’ noemt de wetgever vervolgens ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’. Het wordt door de wetgever als een vereiste van maatschappelijke zorgvuldigheid beschouwd dat *“een ieder die beroepshalve een stof vervaardigt, verhandelt, invoert of toepast, zich naar vermogen op de hoogte stelt van mogelijk gevaarlijke effecten van die stof op de gezondheid van de mens en op het milieu. Ook valt hieronder dat hij ervoor zorgdraagt alle risicobeperkende maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden geleverd indien hij de risico’s van de door hem verrichte handelingen kent of redelijkerwijs kan vermoeden”*.<sup>125</sup> De wetgever lijkt een niet-limitatieve indicatie te geven van wat binnen het bereik van de verlangde zorgvuldigheid valt. Onder de zorgvuldigheid vallen onder meer informatie vergaren en maatregelen nemen. Daarna spreekt de wetgever in de toelichting van ‘de zorgplicht’ die uitstekend aansluit bij de doelstellingen van REACH en wordt opgemerkt dat ‘de zorgplicht’ aanvullend is op hetgeen in REACH is verplicht gesteld. Wat onder ‘de zorgplicht’ moet worden verstaan en in welke mate het een strafrechtelijke plicht betreft, is niet helder. Vermoedelijk wordt daarmee de zojuist geciteerde plicht bedoeld, te weten ‘de plicht om bij het beroepshalve handelingen verrichten met chemische stoffen, preparaten en ggo’s, grote zorgvuldigheid te betrachten’. Voorts heeft de wetgever zich zijdelings laten ontvallen dat *“De eigen verantwoordelijkheid en daarmee de voorgeschreven zorgplicht is beperkt tot wat in het vermogen van de betrokkenen ligt”*.<sup>126</sup> Daarmee heeft de wetgever willen zeggen dat onder omstandigheden van producenten en impor-

<sup>122</sup> Waarvan dus zoals gezegd niet duidelijk wordt welke bepaling(en) het is/zijn.

<sup>123</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3, p. 24.

<sup>124</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 600, nr. 3, p. 23-24.

<sup>125</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>126</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3, p. 24.

teurs meer mag worden verwacht dan van degenen die ambachtelijk met de betreffende chemische stoffen bezig zijn.<sup>127</sup> Het blijft echter duister voor welke bepalingen dat precies geldt. De plicht waarvan de wetgever spreekt, staat in de Wet milieubeheer echter nergens uitgewerkt of als zodanig strafbaar gesteld. De opmerkingen van de wetgever over een zorgplicht en de niet-limitatieve invulling van zorgvuldigheid, lijken daardoor vooral een soort achter titel 9.2 van de Wet milieubeheer schuilgaande hoofdgedachte in te houden die redengevend is voor de regeling, maar niet bepalend bij de materieelrechtelijke toepassing van het strafrecht. De toelichting van de wetgever duidt aldus meer op een onverbindende ongeschreven zorgbepaling. Het is daarbij van belang te weten dat in het onderstaande nog zal blijken dat de hier besproken memorie van toelichting van de REACH-wijziging van de Wet milieubeheer tot op zekere hoogte een kopie is van de toelichting uit de jaren tachtig op de Wet milieugevaarlijke stoffen.<sup>128</sup> Die toelichting had echter daadwerkelijk betrekking op een *algemene* zorgplichtbepaling (zijnde een zorgplichtbepaling die niet strafrechtelijk kan worden gehandhaafd), te weten art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud). Die wetenschap maakt de toelichting uit 2005-2006 nog ongelukkiger en onduidelijker dan zij al was.

#### *Kopie wetsgeschiedenis art. 2 WMS (oud)?*

De enige bepaling die bij de bespreking van titel 9.2 Wmb in de memorie van toelichting specifiek wordt aangeduid als zorgplichtbepaling is art. 2 WMS (oud).<sup>129</sup> Het relevante bestanddeel in dat art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) was de verplichting 'maatregelen te nemen'. Opvallend is dat de oorspronkelijke wetgever over art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) heeft gezegd dat daarmee "*een algemene zorgplicht*" werd geïntroduceerd "*met betrekking tot informatieverschaffing en risicobeperkende maatregelen voor beroeps-matige handelingen [...]*"<sup>130</sup> De Minister achtte in de jaren tachtig de verplichtingen in het derde hoofdstuk van het wetsvoorstel waarin art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud)<sup>131</sup> stond opgenomen, concreter dan de algemene zorgplicht van art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud).<sup>132</sup> Zodoende lijken de (algemene) toelichtende opmerkingen die betrekking hebben op de zogenaamde algemene 'zorgplicht' zelf uit art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) niet van belang voor de interpretatie van het bestanddeel zorgen. De bepalingen zijn van een andere orde. De op de zogenaamde 'algemene zorgplicht' van art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) toegeschreven memorie van toelichting stond in 2005 vervolgens iets te letterlijk aan de basis van de memorie van toelichting op de Reach-wijziging van de Wet milieubeheer. Ook die toelichting lijkt geen betrekking te hebben gehad op het

---

<sup>127</sup> Idem.

<sup>128</sup> *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 800, nr. 3, p. 21-22.

<sup>129</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3, p. 24.

<sup>130</sup> *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 800, nr. 3, p. 44 voor het citaat en nadere tekst en uitleg op p. 21-22 en 56.

<sup>131</sup> Toen art. 39 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) en thans art. 9.2.3.1 Wmb.

<sup>132</sup> *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 800, nr. 9, p. 54.

type zorgplichtbepaling dat ook in beide wetten voorkwam, te weten het type met het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel. Indien zou mogen worden verondersteld dat de wetgever in de memorie van toelichting op de Wet milieugevaarlijke stoffen uit 1980<sup>133</sup> en op de REACH-wijziging van de Wet milieubeheer uit 2005<sup>134</sup> met de in die toelichtingen gehanteerde term 'zorgplicht', louter het oog had op bepalingen met het bestanddeel 'maatregelen nemen,' zou de indruk kunnen ontstaan dat voor zover al een invulling aan de zorgplicht is gegeven, deze invulling niet van toepassing is op de categorie zorgplichtbepalingen met het bestanddeel 'zorgen'. De toelichting is namelijk vrij expliciet gericht op de wetbepaling met het bestanddeel 'maatregelen nemen' en niet op de bepaling met het bestanddeel 'zorgen' of afgeleiden daarvan.

#### *Slotsom algemene toelichting wetgever*

Uit de algemene opmerkingen in de parlementaire geschiedenis wordt in eerste instantie niet duidelijk wat de wetgever onder zorgplichtbepalingen verstaat. Gezien eerdere rapporten van verschillende werkgroepen (zie onder meer paragraaf 4.2), zou het kunnen zijn dat de term 'zorgplichtbepaling' ook voor de wetgever een containerbegrip is (geworden). Een onderscheid tussen verschillende soorten zorgplichtbepalingen wordt namelijk niet gemaakt, terwijl in de Wet milieubeheer wel verschillende soorten zorgplichtbepalingen voorkomen. Bij een onderzoek als het onderhavige naar de materieelstrafrechtelijk inhoudelijke betekenis van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel, zijn de hierboven aangehaalde overwegingen van de wetgever weliswaar informatief maar zeker niet bepalend. Sterker nog, juist als gevolg van het overkoepelende karakter van de opmerkingen van de wetgever over zorgplichtbepalingen in ruime zin, kan aan die uitleg weinig doorslaggevents worden ontleend op basis waarvan de werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zou kunnen worden ontleed. Dat die opmerkingen bovendien voor een groot deel zijn geknipt-en-geplakt uit de toelichting van begin jaren tachtig is dan evenmin van veel toegevoegde waarde. Voor de ontleding van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zal daarom verder moeten worden gezocht naar specifieke andere aanwijzingen betreffende de concrete werking van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel. In de algemene opmerkingen van de wetgever bij de recente wijziging van de Wet milieubeheer is in het voorgaande in ieder geval niet gevonden wat werd gezocht. Mogelijk kunnen wel indicaties van antwoorden worden ontleend aan de opmerkingen van de wetgever die in het bijzonder betrekking hebben op art. 9.2.3.1 Wmb.

#### *Wetgever in het bijzonder over art. 9.2.3.1 Wmb*

Naast algemene opmerkingen over 'de zorgplicht' in de nieuwe titel 9.2 Wmb,

<sup>133</sup> *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 800, nr. 3.

<sup>134</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3.

komt in de memorie van toelichting ook art. 9.2.3.1 Wmb zelf ter sprake.<sup>135</sup> In die toelichting is onder meer te lezen dat de fabrikant en importeur ervoor “*verantwoordelijk zijn*” dat een stof of preparaat op de juiste wijze overeenkomstig lid 1 van art. 9.2.3.1 Wmb is aangeduid.<sup>136</sup> De juiste wijze van aanduiding wordt ingegeven vanuit Europa. In de ogen van de wetgever dient de fabrikant of importeur zelf na te gaan of een stof behoort tot de genoemde categorieën. “*Indien de stof is opgenomen in Bijlage I bij de Stoffenrichtlijn voldoet hij [de fabrikant of importeur – BK] met het opnemen van de bij deze stof vermelde aanduidingen aan de betreffende eisen*”.<sup>137</sup> In de toelichting wordt aldus enigszins inzichtelijk gemaakt wanneer bepaalde personen *buiten* het bereik van het strafrecht zullen blijven. Niet wordt duidelijk wanneer een persoon als dader zou kunnen worden aangemerkt, anders gezegd: wanneer de zorggedraging door de fabrikant of importeur zich zodanig voordoet dat het strafrecht kan worden toegepast. A contrario geredeneerd, lenen de opmerkingen van de wetgever zich ten dele wel voor een uitleg betreffende de vraag wanneer een persoon dader kan zijn van het economisch delict uit art. 9.2.3.1 Wmb. De fabrikant en de importeur zijn ieder voor zich verantwoordelijk voor de juiste aanduiding van een stof of preparaat. Uit de bewoordingen van de wetgever kan worden afgeleid dat zodra sprake is van een onjuiste aanduiding, niet wordt voldaan aan de gestelde eisen en het delict is begaan. De vraag die daarbij rijst is of het zo zou kunnen zijn dat de fabrikant of de importeur daarvoor geen gedraging in meer traditionele zin (doen of laten) hoeven te verrichten? Dat lijkt inderdaad het geval. De zojuist in het bovenstaande weergegeven toelichting van de wetgever benoemt dat weliswaar niet als zodanig, maar lijkt althans ruimte te laten voor de interpretatie dat de enkele door de wetgever ongewenste toestand of situatie volstaat voor het strafrechtelijk daderschap.

#### *Oude bepalingen uit Wet milieugevaarlijke stoffen als voorlopers*

Art. 9.2.3.1 Wmb is overgenomen uit de Wet milieugevaarlijke stoffen en hangt dus niet direct samen met de REACH-verordening. De voorloper van art. 9.2.3.1 Wmb kent eveneens een Europese oorsprong.<sup>138</sup> Art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) is ontleend aan een Richtlijn uit 1979 met daarin bepalingen betreffende de indeling, de verpakking en het kenmerken van gevaarlijke stoffen.<sup>139</sup> In de corresponderende art. 15 tot en met 18 van die Richtlijn, wordt gedetailleerd weergegeven wat van de lidstaten wordt verwacht. Niet staat daarin opgenomen dat de richtlijn door middel van een strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepa-

---

<sup>135</sup> Idem, p. 36-37.

<sup>136</sup> Idem, p. 36.

<sup>137</sup> Idem, p. 36.

<sup>138</sup> *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 800, nr. 3, p. 12.

<sup>139</sup> Richtlijn 79/831/EEG van de Raad van 18 september 1979 houdende zesde wijziging van Richtlijn 67/548/EEG betreffende aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake de indeling, de verpakking en het kenmerken van gevaarlijke stoffen *PbEEG* 1979 L 259/10.



ling in het Nederlandse recht moet terugkomen. Nu de inspiratie daarvoor kenmerkend bij de Nederlandse wetgever zelf moet worden gezocht, zal in het navolgende worden stilgestaan bij de Nederlandse achtergrond van de voorlopers van art. 9.2.3.1 Wmb.

*Voorlopers art. 34 en 39 lid 1 en 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud)*

De voorlopers van art. 9.2.3.1 Wmb zijn de art. 34 en 39 lid 1 en 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud).<sup>140</sup> In de eerste twee leden van art. 39 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) wordt art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) van overeenkomstige toepassing verklaard op bepaalde gevallen. Voor de eventuele werking van zorgplichtbepalingen is daarom art. 39 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) inhoudelijk minder van belang. Het gaat vooral om art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud). Deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling luidde vrijwel hetzelfde als het huidige art. 9.2.3.1 Wmb. Het eerste lid van art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) hield in: *“Degene die een stof aan een ander ter beschikking stelt of in Nederland invoert, die behoort tot een of meer van de in het tweede lid aangewezen categorieën, is verplicht ervoor zorg te dragen dat die stof bij de aflevering en bij het ter aflevering voorhanden hebben is verpakt en op de verpakking is aangeduid overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 35 en 36”*. Het huidige art. 9.2.3.1 Wmb wijkt daarvan in zoverre af, dat daarin niet staat ‘is verplicht ervoor zorg te dragen’ (zoals in art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) stond), maar dat daarin staat *“draagt er zorg voor dat”*. Opvallend is dat de directe connectie met de term ‘verplichting’ tegenwoordig ontbreekt. Deze aanpassing is niet toegelicht. De vraag is of, en zo ja in welke mate, door de wetgever iets is opgemerkt betreffende de zorggedraging uit art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud). Dit artikel is in de Wet milieugevaarlijke stoffen opgenomen in 1988<sup>141</sup> en in 1994 niet noemenswaardig gewijzigd.<sup>142</sup> In de memorie van toelichting en verdere parlementaire geschiedenis is over de betekenis van het ‘zorg dragen’ in art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) niets gezegd.<sup>143</sup>

*Algemene wetshistorie Wmb en Wms (oud): geen zorgplichtbepalingen in enge zin?*

Interessant is wel dat ook in de toelichting in de jaren tachtig een aparte paragraaf werd gewijd aan de ‘algemene zorgplicht’ in art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud).<sup>144</sup> In art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) stond niet als gedra-

<sup>140</sup> Zie de ‘Overhevelingstabel WMS’ in *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 600, nr. 3, p. 54.

<sup>141</sup> Wet van 5 december 1985, *Stb.* 1985, 639. In werking per 1 september 1988, *Stb.* 1988, 98.

<sup>142</sup> Wet van 21 april 1994, *Stb.* 1994, 320. In werking per 20 juni 1994, *Stb.* 1994, 425.

<sup>143</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 800, nr. 3, p. 75. In eerste instantie stond art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) in het wetsvoorstel opgenomen als art. 39 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud). De verschillende bepalingen zijn verschoven door een groot aantal wijzigingen in het wetsvoorstel en de bijbehorende vernummering. In de kamerstukken kon althans niets worden gevonden met betrekking tot een intentionele verplaatsing van het voorgestelde art. 39 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) naar art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud). Vergelijk *Kamerstukken II*, 1984/85, 16 800, nr. 17 en nr. 82.

<sup>144</sup> *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 800, nr. 3, p. 21-22.

gingsbestanddeel 'zorg dragen' opgenomen, maar 'maatregelen nemen'. Daarnaast achtte de Minister de verplichtingen in het hoofdstuk van het wetsvoorstel waarin art. 34 (toen 39) Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) stond opgenomen, concreter, en dus van een andere orde, dan de algemene zorgplicht van art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud).<sup>145</sup> Mogelijk zou daaruit kunnen worden afgeleid, dat de wetgever waar hij in de memorie van toelichting bij de REACH-wijziging van de Wet milieubeheer spreekt van 'zorgplicht', het oog heeft op de bepalingen met als bestanddeel 'maatregelen nemen' en dat de wetgever daarbij niet dacht aan de bepalingen met als bestanddeel het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan). Uit deze constatering zou vervolgens misschien kunnen worden afgeleid dat de wetgever het 'zorg dragen' in het geheel niet interessant vindt en het (vermoedelijk onterecht) ziet als regulier gedragsbestanddeel zoals 'rijden' en 'aangifte doen' dat zijn. Dat is weer van belang omdat de toelichting uit 1980 op art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud) voor een aanzienlijk deel is gekopieerd naar de memorie van toelichting uit 2005 in het kader van de REACH-wijziging van de Wet milieubeheer.<sup>146</sup> Waar de naar 2005 gekopieerde tekst dus handelt over 'zorgplichtbepalingen' wordt mogelijk op andere bepalingen gedoeld, althans wordt niet gedoeld op wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Dat maakt vervolgens weer dat van die toelichting uit 2005 niet kan worden gezegd dat zij richtinggevend is voor de uitleg van zorgplichtbepalingen in enge zin in de nieuwe titel 9.2 waarvan het in deze paragraaf besproken art. 9.2.3.1 Wmb deel uitmaakt.

#### *iv. Jurisprudentie*

In 2008 heeft de Hoge Raad (*Hoge Raad 12 februari 2008, LJN BC0810*) arrest gewezen in een zaak waarin onder andere art. 34 lid 1 Wms (oud) een rol speelde. De Hoge Raad heeft in casu overwogen dat het bereik van de bepaling niet zo strikt moest worden opgevat als de indiener van het cassatiemiddel voor ogen stond. Art. 34 lid 1 Wms (oud) had uiteraard niet slechts betrekking op de *invoer* van stoffen in Nederland.<sup>147</sup> Bij elke vorm van aanbieden of vervreemden van gevaarlijke stoffen moet aan de, wat de Hoge Raad in navolging van de Procureur-Generaal noemt: 'etiketteringsplicht' zijn voldaan.<sup>148</sup> Het doet er kort gezegd niet toe of de stoffen worden ingevoerd dan wel uitgevoerd. Anders gezegd: ook wanneer milieugevaarlijke stoffen naar Indonesië worden *uitgevoerd*, is degene die de stoffen ter beschikking stelt *verplicht ervoor zorg dragen* dat bij de aflevering *de stoffen correct* (conform de betreffende bepalingen) *verpakt en aangeduid* zijn. Problematisch aan het arrest is nu dat in de bewezenverklaring het gedragsbestanddeel 'ervoor zorg dragen' in het geheel niet terugkomt en dat dat niemand lijkt te zijn opgevallen. Ook bij de Hoge Raad en de Procureur-Generaal komt het

---

<sup>145</sup> *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 800, nr. 9, p. 54.

<sup>146</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 600, nr. 3, p. 24.

<sup>147</sup> Hoge Raad 12 februari 2008, LJN BC0810.

<sup>148</sup> *Idem*.

gedragingsbestanddeel ‘zorg dragen’ niet terug. Het is slechts aan de orde in de rechtsoverweging waarin de Hoge Raad art. 34 lid 1 Wms (oud) citeert (r.o. 5.5). Art. 34 lid 1 Wms (oud) luidde toentertijd: “1. *Degene die een stof aan een ander ter beschikking stelt of in Nederland invoert, die behoort tot een of meer van de in het tweede lid aangewezen categorieën, is verplicht ervoor zorg te dragen dat die stof bij de aflevering en bij het ter aflevering voorhanden hebben is verpakt en op de verpakking is aangeduid overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 35 en 36*”. De vraag is op welke strafrechtelijke gedraging de bepaling het oog heeft. De strafrechtelijk relevante gedraging uit art. 34 lid 1 Wms (oud), is het ‘niet zorg dragen voor de juiste verpakking en aanduiding van de stof’. In tegenstelling tot wat door sommigen misschien gedacht zou worden, is de strafrechtelijk relevante gedraging niet het ‘ter beschikking stellen’ of de ‘aflevering’ of het ‘ter aflevering voorhanden hebben’.

#### *Welke gedraging is delictsgedraging?*

Het onderdeel uit de zorgplichtbepaling betreffende het ‘ter beschikking stellen’ wijst slechts de persoon aan tot wie de bepaling is gericht, te weten degene die een bepaalde stof ter beschikking stelt of in Nederland invoert. Diegene, de geadresseerde, is verplicht ervoor zorg te dragen dat de stof bij de aflevering en bij het ter aflevering voorhanden hebben, is verpakt en dat die stof op de verpakking op een bepaalde wijze is aangeduid. Deze ‘etiketteringsplicht’ dient volgens de Hoge Raad, gezien de wetsgeschiedenis, ertoe dat “*ook degene die niet ter zake kundig is op de mogelijke gevaren van de stof wordt geattendeerd*”.<sup>149</sup> De term ‘ter beschikking stellen’ waarmee de adressaat wordt aangeduid in art. 34 lid 1 Wms (oud) omvat gezien de memorie van toelichting elke vorm van aanbieden of vreemden van de milieugevaarlijke stof. Het omvat ook die vormen van overdragen waarbij niet van commerciële activiteiten sprake is.<sup>150</sup> Binnen dat bereik valt niet het tussen twee directe collega’s doorgeven van de stoffen, maar het zou volgens de wetgever wel een ter beschikking stellen tussen twee dochtervennootschappen kunnen omvatten.<sup>151</sup> Dat voor wat betreft de geadresseerde. Een ander bestanddeel is de voorwaardelijke omstandigheid waaronder de zorgplichtbepaling kan worden overtreden, namelijk ‘bij de aflevering’ of ‘bij het ter aflevering voorhanden hebben’. Deze blote gebeurtenis, die evenmin de voor het strafrechtelijk daderschap relevante strafrechtelijke gedraging is, valt deels samen met het ‘ter beschikking stellen’. Pas indien voornoemde normadressaat en aflevering zich voordoen, zou eventueel de strafrechtelijk wel relevante delictsgedraging, het *niet zorg dragen* uit art. 34 lid 1 Wms (oud), zich kunnen manifesteren. Wat leert het arrest van de Hoge Raad uit 2008 over art. 34 lid 1 Wms (oud) over deze problematiek?

<sup>149</sup> Hoge Raad 12 februari 2008, LJN BC0810, r.o. 5.7.

<sup>150</sup> *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 800, nr. 3, p. 66.

<sup>151</sup> *Idem*.

*Bewezenverklaring zonder zorgen*

Ten aanzien van de rechtspersoon was in casu bewezen verklaard dat zij “op tijdstippen in de periode van 1 januari 2003 tot en met 15 april 2003 te Amsterdam, als degene die verpakkingen, inhoudende onder andere een gevaarlijke stof, als bedoeld in artikel 34 lid 2 van de Wet milieugevaarlijke stoffen, te weten Vulkanox MB/MG, ter beschikking heeft gesteld, terwijl bij die aflevering en/of het ter aflevering voorhanden hebben op die verpakking de benaming van het gevaar of de gevaren van de stof, als bedoeld in artikel 34 lid 2 van de Wet milieugevaarlijke stoffen met het bijbehorende symbool, onderscheidenlijk de bijbehorende symbolen en/of een verwijzing naar de bijzonder, aan het gebruik van de stof verbonden gevaren en/of de veiligheidsaanbevelingen ter vermindering van de belangrijkste, aan het gebruik van de stof verbonden gevaren, zoals bedoeld in artikel 36 lid 1 a tot en met e van de Wet milieugevaarlijke stoffen, niet waren aangeduid”.<sup>152</sup> In deze bewezenverklaring is nergens het ‘zorg dragen’ te vinden terwijl dat juist de delictsgedraging is. In de aan deze bewezenverklaring vermoedelijk ten grondslag liggende tenlastelegging lijkt het ‘ter beschikking stellen’ als gedraging in enge zin te zijn opgevat. In kwestie had echter de nadruk moeten liggen op het ‘niet ervoor zorg hebben gedragen’. Het kan daarom zeer worden betwijfeld of deze bewezenverklaring wel kon worden gekwalificeerd en daaraan voorafgaand of de dagvaarding niet had behoren nietig te worden verklaard omdat de vermoedelijke tenlastelegging geen betrekking heeft gehad op enige door de wetgever strafbaar gestelde gedraging. De delictsgedraging is immers het (niet) zorg dragen. Die gedraging komt in de bewezenverklaring echter niet terug en de directe oorzaak daarvan is zeer waarschijnlijk in de tenlastelegging gelegen waarin evenmin een zorggedraging zal zijn opgenomen geweest, maar die, sterker nog, het ter beschikking stellen als strafrechtelijk relevante gedraging aanmerkte. Een betere tenlastelegging waarin aan de plaats van het bestanddeel ‘zorg dragen’ in de delictsommschrijving recht zou worden gedaan, zou zijn “dat hij te [plaats+datum] als degene die een stof behorende tot [categorie lid 2] aan [persoon] ter beschikking heeft gesteld, bij de aflevering van die stof niet ervoor heeft zorg gedragen dat die stof is verpakt en aangeduid overeenkomstig [het bepaalde bij of krachtens art. 35 en 36 Wms (oud)]”.

*Zorggedraging behoort in tenlastelegging en bewezenverklaring te worden opgenomen*

Het lijkt erop alsof in bovenstaande bewezenverklaring het ‘niet zorg dragen’ is opgelost in het ‘niet waren aangeduid’. Dat de gevaren van bepaalde stoffen niet waren aangeduid, zal inderdaad weliswaar inhouden dat niet is zorggedragen. Maar dat laatste zal wel in de tenlastelegging en bewezenverklaring moeten terugkomen. De redenering behoort dan te zijn: ‘er is niet zorggedragen, immers de gevaren van bepaalde stoffen waren niet aangeduid op de verpakking’. De vraag kan worden gesteld of de hier besproken uitspraak, mede in het licht van het zeer geringe aantal recente rechterlijke uitspraken met betrekking tot zorgplichtbepa-

---

<sup>152</sup> Hoge Raad 12 februari 2008, LJN BC0810, r.o. 5.2.

lingen, niet een aanwijzing is dat zorgplichtbepalingen te complex kunnen worden gevonden en daardoor maar moeilijk ten laste kunnen worden gelegd? En is het niet ook een aanwijzing dat, zodra dan toch in zeldzame gevallen wordt vervolgd, het gevaar niet denkbeeldig is dat het zorgen te gemakkelijk oplost in een willekeurige gedraging waardoor het prompt fout gaat en de delictsgedraging (het zorgen) uit het oog wordt verloren?

*v. Tussenstand art. 9.2.3.1 Wmb*

Art. 9.2.3.1 Wmb is in de Wet milieubeheer overgenomen van de Wet milieugevaarlijke stoffen. De bepaling is terechtgekomen in een geheel nieuwe titel. In zijn algemeenheid zijn over die titel verschillende opmerkingen gemaakt door de nationale wetgever. De daaruit volgende opvattingen hielden verband met zorgplichtbepalingen in ruime zin. Daarbij is niets overwogen dat van direct belang was voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Ook bij de Europese bron is daarover niets te vinden. Spijtig genoeg was de voorgangers (art. 34 en 39 Wet milieugevaarlijke stoffen) van de bepaling reeds een zelfde lot beschoren geweest. Ten aanzien van art. 9.2.3.1 Wmb in het bijzonder is in de wetsgeschiedenis opgenomen dat het in zekere zin gaat om het verantwoordelijk zijn van de fabrikant of importeur. Met het opnemen van de bij de betreffende stof vermelde aanduiding, zouden zij aan hun verantwoordelijkheid hebben voldaan volgens de wetgever. Dat houdt a contrario in dat het niet opgenomen zijn van die aanduidingen, betekent dat niet is zorg gedragen, zodat al van strafrechtelijk daderschap lijkt te kunnen worden gesproken zonder dat sprake hoeft te zijn van doen of laten (een gedraging in meer traditionele zin) aan de zijde van de fabrikant of importeur. Wie feitelijk onjuist heeft aangeduid of wie niet heeft aangeduid en hoe dat is gebeurd, is irrelevant voor het daderschap. Relevant is dat niet is zorg gedragen voor een juiste aanduiding. In tegenstelling tot wat zich in dat verband in de rechtspraak heeft voorgedaan, moet daarbij de zorggedraging in tenlastelegging en bewezenverklaring worden genoemd en uitgewerkt.

**5.3.2.1.2 Art. 9.4.5 lid 1 en 2 Wmb – ‘draagt er zorg voor’**

Art. 9.4.5 lid 1 en 2 Wmb luidt als volgt. “1. *De fabrikant onderscheidenlijk importeur draagt er zorg voor dat een energieverbruikend product dat behoort tot een ingeolge een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 9.4.4, tweede lid, aangewezen categorie, alvorens dat product op de markt wordt gebracht of in gebruik wordt genomen, aan een conformiteitsbeoordeling wordt onderworpen, waarbij wordt getoetst of het voldoet aan de bij of krachtens deze titel en in de uitvoeringsmaatregel gestelde eisen. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gegeven met betrekking tot de wijze waarop de toetsing met betrekking tot dat product plaatsvindt.*

2. *De fabrikant maakt met betrekking tot een energieverbruikend product dat behoort tot een ingeolge een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 9.4.4, tweede lid, aangewezen categorie, een conformiteitsverklaring op en brengt een CE-markering op het product aan. De importeur draagt er zorg voor dat hij met*

*betrekking tot een dergelijk product beschikt over de conformiteitsverklaring en dat op het product een CE-markering is aangebracht."*

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. *"Economische delicten zijn eveneens: [...] 2°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet milieubeheer, de artikelen [...] 9.4.4 tot en met 9.4.7 [...]"*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *"1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.[...]"*

Art. 6 lid 1 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. *"1. Hij, die een economisch delict begeaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]"*

#### *i. Strafbepaling*

Net als bij veel andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin het geval wil, is ook ten aanzien van de eerste twee leden van art. 9.4.5 Wmb het onderscheid tussen misdrijf en overtreding gekoppeld aan het opzettelijk begaan ervan. De misdrijfvariant van de beide leden kent een maximale gevangenisstraf van twee jaren. De hechtenisstraf bij de overtredingvariant is begrensd op zes maanden. Beide varianten kunnen worden gesanctioneerd middels een taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De geadresseerde van het eerste lid is de fabrikant onderscheidenlijk de importeur. De zorgplicht in het tweede lid is slechts gericht tot de importeur. Gezien art. 9.4.1 lid 1 moet onder fabrikant worden verstaan degene die een energieverbruikend product vervaardigt met het oog op het op de markt brengen onder zijn eigen naam of handelsmerk of voor eigen gebruik. Onder importeur moet een in de Europese Gemeenschap gevestigde persoon worden verstaan die in het kader van zijn commerciële activiteiten een product uit een land buiten de Europese Unie op de markt brengt. Ingevolge het eerste lid dient de fabrikant of importeur ervoor zorg te dragen dat een bepaald product aan een conformiteitsbeoordeling wordt onderworpen. Die zorg moet zijn gedragen voordat het product op de markt wordt gebracht of in gebruik wordt genomen. Bij de conformiteitsbeoordeling wordt getoetst of het product voldoet aan nader gestelde eisen. De wijze van toetsing kan bij algemene maatregel van bestuur worden vormgegeven. Op basis van het tweede lid rust op de importeur de plicht ervoor zorg te dragen dat hij beschikt over de bij het product behorende conformiteitsverklaring en dat het product is voorzien van een bepaalde markering. Het eerste lid ziet op de conformiteitsbeoordeling, het tweede lid op de verklaring.

*ii. Opmerkelijkheden*

Opmerkelijk zijn de verschillende gedragsbestanddelen in de twee volzinnen in het tweede lid van art. 9.4.5 Wmb. In de eerste volzin staat dat de fabrikant een conformiteitsverklaring ‘opmaakt’ en op het product een CE-markering ‘aangebrent’. De gekozen bewoordingen zijn feitelijk helder en weinig complex. De gedraging in de eerste volzin (die tot de fabrikant is gericht) is duidelijk geen zorggedraging. In de tweede volzin van lid 2 dat tot de importeur is gericht, staat echter nadrukkelijk wel een zorggedraging opgenomen. Het is de vraag of daaraan een bijzondere reden ten grondslag ligt.

*iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Ter implementatie van de EG-Richtlijn Ecologisch ontwerp energieverbruikende producten (EVP-richtlijn),<sup>153</sup> is art. 9.4.5 Wmb in 2007 nieuw ingevoerd in de Wet milieubeheer.<sup>154</sup> Evenmin als in de overige wetsgeschiedenis, is in de memorie van toelichting over het ‘zorg’-aspect van deze twee economische delicten iets opgemerkt.<sup>155</sup> De strafrechtelijke toelichting beperkte zich tot opmerkingen over handhaving van zeer algemene aard.<sup>156</sup> Het is daarom van belang te kijken naar de relevante artikelen 4, 5 en 8 van de EVP-Richtlijn.

*Art. 9.4.5 lid 1 Wmb* – De zorgplicht in de eerste volzin van het eerste lid van art. 9.4.5 Wmb is een implementatie van art. 8 lid 1 EVP-Richtlijn.<sup>157</sup> Hoewel in eerder voorgestelde versies van de richtlijn de betreffende bepaling anders luidde,<sup>158</sup> kwam het uiteindelijke eerste lid van het achtste artikel van de EVP-Richtlijn er als volgt uit te zien. “1. *Alvorens een onder uitvoeringsmaatregelen vallend evp in de handel te brengen en/of in gebruik te nemen, zorgt de fabrikant of zijn gemachtigde ervoor dat het evp aan een overeenstemmingsbeoordeling wordt onderworpen, waarbij het aan alle relevante vereisten van de toepasselijke uitvoeringsmaatregel wordt getoetst*”. Op de fabrikant rust een zorgplicht ten aanzien van het evp (energieverbruikend product). Het energieverbruikend product zal hoe dan ook aan een zogenaamde ‘overeenstemmingsbeoordeling’ worden onderworpen. Daar heeft de fabrikant voor te zorgen. Het verschil tussen deze uiteindelijke versie en het initiële voorstel is opvallend. Art. 7 lid 1 van het door de Commissie

<sup>153</sup> Richtlijn nr. 2005/32/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juli 2005 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energieverbruikende producten en tot wijziging van richtlijn 92/42/EEG van de Raad en de richtlijnen 96/57/EG en 2000/55/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2005 L 191/29).

<sup>154</sup> Wet van 29 september 2007, *Stb.* 2007, 383. In werking per 24 oktober 2007, *Stb.* 2007, 389.

<sup>155</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 958, nr. 3, p. 14 en 20-21.

<sup>156</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 958, nr. 3, p. 14: “*strafrechtelijke sancties hebben een aanvullende rol op de bestuursrechtelijke sancties*” en als zich een omstandigheid voordoet waarbij strafrechtelijke handhaving aangewezen is, “*dan is het zaak dat de handhavende instanties goed met elkaar overleggen*”.

<sup>157</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 958, nr. 3, p. 20.

<sup>158</sup> Vergelijk het toenmalige art. 7 in de concept richtlijn, COM/2003/453/FINAL van 1 augustus 2003.

ingediende voorstel voor een richtlijn luidde “1. *Alvorens een onder uitvoeringsmaatregelen vallend evp in de handel te brengen, voert de fabrikant een beoordeling uit van de overeenstemming van het evp met alle relevante bepalingen van de toepasselijke uitvoeringsmaatregel*”.<sup>159</sup> Het is de vraag waarom in de uiteindelijke richtlijn is gekozen voor het werkwoord ‘zorgen’ als bestanddeel in plaats van het werkwoord ‘uitvoeren’ dat in eerste instantie was voorgesteld. Ook de Engelse versie kent de overgang van ‘shall perform’ naar ‘shall ensure’. De betreffende aanpassing werd voorgesteld door het secretariaat-generaal van de Raad.<sup>160</sup> Bij de vaststelling van het gemeenschappelijk standpunt<sup>161</sup> ten aanzien van de voorgestelde richtlijn is de wijziging doorgevoerd nadat daarover eerst een politiek akkoord was bereikt.<sup>162</sup> Zoals vaker het geval is, werd ook bij deze bepaling niet ingegaan op de keuze voor het gedragsbestanddeel ‘zorg’.<sup>163</sup> Andere aspecten kregen vooral de aandacht. Mogelijkerwijs dient de wijziging voornamelijk de tekstuele uniformiteit van de onderlinge vormgeving van richtlijnen zoals de onderhavige. Het is in verband met de mogelijk bijzondere werking van het daderschap bij zorgplichtbepalingen de vraag of dat eventuele streven naar uniformiteit geheel zonder consequenties is.

*Art. 9.4.5 lid 2 Wmb* – In het bovenstaande is onder ‘iii. Opmerkelijkheden’ de vraag opgeworpen waarom de formulering in het tweede lid van art. 9.4.5 Wmb voor de fabrikant (eerste volzin, geen zorggedraging) en de importeur (tweede volzin, wel zorggedraging) verschillend is. In de nationale parlementaire geschiedenis is daaraan geen aandacht besteed. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever beide volzinnen als verplichtingen ziet.<sup>164</sup> Maar waarom in het ene geval is gekozen voor een zorggedraging wordt niet duidelijk. De Europese basis

<sup>159</sup> Art. 7 Concept richtlijn, COM/2003/453/FINAL van 1 augustus 2003.

<sup>160</sup> Voorstel van 5 februari 2004 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van ecologische ontwerpvoorschriften voor energieverbruikende producten en tot wijziging van Richtlijn 92/42/EEG van de Raad, 5866/04 ENER 34 ENV 61 MI 24 CODEC 134.

<sup>161</sup> Gemeenschappelijk Standpunt (EG) Nr. 9/2005 vastgesteld door de Raad op 29 november 2004 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2005/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van voorschriften inzake ecologisch ontwerp voor energieverbruikende producten en tot wijziging van Richtlijn 92/42/EEG van de Raad en de Richtlijnen 96/57/EG en 2000/55/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2005 C 38/45.

<sup>162</sup> Voorstel van 3 juni 2004 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energieverbruikende producten en tot wijziging van Richtlijn 92/42/EEG van de Raad, 9915/04 ENER 146 ENV 303 MI 174 CODEC 776.

<sup>163</sup> Vergelijk bijvoorbeeld p. 51 en 66 van het Gemeenschappelijk Standpunt (EG) Nr. 9/2005 vastgesteld door de Raad op 29 november 2004 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2005/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van voorschriften inzake ecologisch ontwerp voor energieverbruikende producten en tot wijziging van Richtlijn 92/42/EEG van de Raad en de Richtlijnen 96/57/EG en 2000/55/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2005 C 38/45, zie p. 51 en 66.

<sup>164</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 958, nr. 3, p. 18 en 20-21.



van het artikellid biedt opheldering. Het tweede lid van art. 9.4.5 lid 2 Wmb betreft een implementatie van art. 4 en art. 5 lid 1 EVP-Richtlijn.<sup>165</sup> Van deze laatste twee Europese bepalingen staat alleen in art. 4 EVP-Richtlijn, en niet in art. 5 EVP-richtlijn, het gedragsbestanddeel ‘zorgen’ opgenomen. Dit vierde artikel is gericht tot de importeur die aldus kennelijk wel kan zorgen. Het vijfde artikel is gericht tot de fabrikant en hoefde kennelijk niet over de band van een zorggedraging te worden gespeeld. Wat de reden daarvoor ook is geweest, het heeft geleid tot een onnodige inconsistentie. Is in art. 8 lid 1 EVP-richtlijn immers niet juist ten aanzien van de fabrikant een wijziging doorgevoerd zodat daarin wel een ‘zorgen’ werd opgenomen? Het blijft schimmig waarom in het ene geval juist wel en in het andere juist niet met een zorggedraging wordt gewerkt. Mogelijk is art. 5 lid 1 EVP-richtlijn en daarmee uiteindelijk art. 9.4.5 lid 2 eerste volzin Wmb eenvoudig over het hoofd gezien toen de zorggedraging werd doorgevoerd in art. 8 lid 1 EVP-richtlijn.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling van art. 9.4.5 lid 1 en 2 Wmb is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

De nationale wetgever heeft zich vrij letterlijk laten inspireren door de vormgeving van Europese bepalingen. Ook hier is weer sprake geweest van een plichtmatige ‘copy-paste’ naar het Nederlandse bijzondere strafrecht. In de nationale wetsgeschiedenis is niet stilgestaan bij de juridische inhoud van een aantal bestanddelen die in de Wet milieubeheer terechtkwamen. De strafrechtelijke zorggedraging is daardoor ongemerkt in de Nederlandse regeling doorgedrongen.

#### **5.3.2.1.3 Art. 10.55 lid 3 Wmb – ‘zorg draagt’**

Art. 10.55 lid 3 Wmbt luidt als volgt. “3. *Onze Minister wijst een instantie aan die namens hem zorg draagt voor de vermelding van vervoerders, handelaars en bemiddelaars op de lijst, bedoeld in het eerste lid.*”

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. “*Economische delicten zijn eveneens: [...] 2° overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet milieubeheer, de artikelen [...] 10.55 [...]*”

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. “*1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.[...]*”

Art. 6 lid 1 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. “*1. Hij, die een economisch delict be-*

<sup>165</sup> Idem, p. 20-21.

*gaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]"*

In art. 2 onder 2 WED is het gehele art. 10.55 Wmb als economisch delict aangemerkt. Het lijkt gezien de inhoud ervan niet de bedoeling te kunnen zijn geweest dat ook lid 3 binnen het bereik van het strafrecht werd gebracht. Het derde lid luidt: *"3. Onze Minister wijst een instantie aan die namens hem zorg draagt voor de vermelding van vervoerders, handelaars en bemiddelaars op de lijst, bedoeld in het eerste lid"*. Van een door Onze Minister aan te wijzen instantie wordt verwacht dat deze namens de Minister zorg draagt voor vermelding op de in art. 10.55 lid 1 Wmb bedoelde lijst, van vervoerders, handelaars en bemiddelaars. Het hieruit te destilleren economisch delict zou inhouden het niet zorg dragen namens de Minister voor het vermelden van gespecificeerde personen op een bepaalde lijst. Aangezien verschillende nadere tussenstappen nodig zijn om te kunnen achterhalen welke gedraging strafrechtelijk ouderschap oplevert, kan niet gezegd worden dat dit een bijzonder fraaie bepaling is. Bovendien is het een merkwaardige constructie dat de Minister in beginsel moet zorgen voor een lijst, maar dat hij die verantwoordelijkheid kan afdragen en dat diegene vervolgens een strafrechtelijk zwaard boven het hoofd hangt. Het lijkt dan ook plausibel dat alleen het eerste lid van art. 10.55 Wmb als economisch delict zou moeten worden opgevat. Mocht dat inderdaad het geval zijn, dan kan art. 10.55 lid 3 Wmb niet worden bestempeld als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de in onderhavig onderzoek voorgestane zin. De strafrechtelijke componenten zouden immers ontbreken. In de wetsgeschiedenis is over het voorgaande niets te vinden. De wetsgeschiedenis kent de volgende relevante onderdelen. Art. 10.55 Wmb werd in 2004 in de Wet milieubeheer opgenomen.<sup>166</sup> Opmerkelijk genoeg werd tegelijkertijd de Wet op de economische delicten gewijzigd. Daarin stond tot dat moment in art. 1a onder 2 WED als economisch delict aangemerkt 'art. 10.55 lid 1 Wmb,' maar met de wijziging verviel de toevoeging 'lid 1' zodat alleen 'art. 10.55 Wmb' overbleef.<sup>167</sup> Een verklaring hiervoor is noch te vinden bij de toelichting op de wijziging van de Wet op de economische delicten,<sup>168</sup> noch in de memorie van toelichting bij art. 10.55 Wmb.<sup>169</sup> In andere parlementaire stukken is betreffende het voorgaande evenmin iets opgemerkt. Desondanks kan de strafbaarstelling van art. 10.55 lid 3 Wmb niet vanzelfsprekend worden genoemd. Sterker nog, het verdient aanbeveling de Wet op de economische delicten tot het eerste lid te beperken, althans zich niet te laten uitstrekken over het derde lid van art. 10.55 Wmb.

---

<sup>166</sup> Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 189. In werking per 1 mei 2004, *Stb.* 2004, 169.

<sup>167</sup> *Stb.* 2003, 189, p. 4.

<sup>168</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 651, nr. 3, p. 8.

<sup>169</sup> *Idem*, p. 3-6 en 11.

*Tussenstand*

Met art. 10.55 lid 3 Wmb is sprake van een economisch delict, dat dat eigenlijk niet had behoren te zijn. De lichtvaardige strafbaarstelling van art. 10.55 lid 3 Wmb doet de vraag rijzen naar de scherppte van de wetgever bij de beslissing tot en vormgeving van strafbaarstelling. Op die scherppte wordt misschien eerder ingeboet in geval van een omvangrijke wet die bovendien, vanuit strafrechtelijk oogpunt, bijzonder is. Daardoor heeft de strafwetgever te maken met verschillende rechtsgebieden met elk een eigen woordenschat.

**5.3.2.1.4 Tussenstand Wet milieubeheer**

De strafrechtelijke zorggedraging is in vrijwel de meeste gevallen ongemerkt in de Nederlandse regeling doorgedrongen. Soms koos de Nederlandse wetgever daar spontaan voor (art. 9.2.3.1 Wmb en art. 34 lid 1 Wms (oud)) en in andere gevallen werd vrij letterlijk de Europese regeling overgenomen (art. 9.4.5 Wmb). Nu de wetgever bij het ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) in de Wet milieubeheer niet bijzonder heeft stilgestaan, behoudt dit gedragsbestanddeel de betekenis die het in het Nederlandse materiële strafrecht altijd al heeft gehad. De vraag is vooralsnog evenwel wat dan die betekenis is. Gezien verschillende recente wetsgeschiedenissen (daaronder begrepen die van de Wet op het financieel toezicht (zie paragraaf 5.3.1)), begint de indruk te ontstaan dat bij de wetgever over de materieelrechtelijke betekenis van het strafrechtelijk daderschap door niet zorgen maar weinig bekend is. De constatering dat dat misschien wat laakbaar is, brengt voorliggend onderzoek niet verder. Gezocht moet worden naar handvatten waarmee het bijzondere daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin kan worden vormgegeven. De zeldzame jurisprudentie over dit onderwerp biedt daartoe overigens ook niet veel aanknopingspunten. Mogelijk is die weinige rechtspraak een indicatie dat de strafrechtspleging haar vingers zo min mogelijk wil branden aan wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Dat neemt niet weg dat het van belang is de materieelrechtelijke betekenis van zorgplichtbepalingen in enge zin te achterhalen. Daartoe wordt in het onderstaande verder gezocht in de wetsgeschiedenis van milieu-rechtelijke strafbepalingen met ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als delictsgedraging.

**5.3.2.2 Art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden – ‘voldoende zorg in acht nemen’**

Art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden luidt als volgt. “*Artikel 18 Zorgplicht. Een ieder is verplicht ten aanzien van gewasbeschermingsmiddelen of biociden of de tot die middelen behorende werkzame stoffen alsmede ten aanzien van lege verpakkingen voldoende zorg in acht te nemen. Die zorg houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten gevaar ontstaat of kan ontstaan voor de mens, voor dieren of planten waarvan de instandhouding gewenst is, voor planten die aan anderen toebehoren of voor bodem of water, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover*

*zulks in redelijkheid kan worden geveegd, dan wel onverwijld alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden geveegd teneinde voornoemd gevaar te voorkomen of de nadelige gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken.”*

Art. 1a onder 1 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn eveneens: 1°. overtreddingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden: de artikelen 18 [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 lid 1 onder 1 en 3 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: 1°. in geval van misdrijf, voor zover het betreft een economisch delict, bedoeld in artikel 1, onder 1°, of in artikel 1a, onder 1°, met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, taakstraf of geldboete van de vijfde categorie; [...] 3°. in geval van overtreding, voor zover het betreft een economisch delict bedoeld in artikel 1, onder 1°, of in artikel 1a, onder 1°, met hechtenis van ten hoogste een jaar, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...]”*

#### *i. Strafbepaling*

Kennelijk is art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden in de ogen van de wetgever van een zwaarder kaliber dan de totnogtoe besproken zorgplichtbepalingen uit het bijzondere strafrecht. art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden is in een andere categorie ingedeeld in de Wet op de economische delicten. Weliswaar wordt ook hier het onderscheid tussen misdrijf en overtreding gekoppeld aan het aanwezige opzet. Maar de strafmaxima liggen fors hoger. De misdrijfvariant kent als mogelijke maximale sancties een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, taakstraf of geldboete van de vijfde categorie. Boven de overtredingvariant hangt hechtenis van ten hoogste een jaar, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De geadresseerde van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden is een ieder. Een ieder is verplicht ten aanzien van gewasbeschermingsmiddelen of biociden of de tot die middelen behorende werkzame stoffen alsmede ten aanzien van lege verpakkingen *voldoende zorg in acht te nemen*. Naast dat deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin, tot de zwaardere categorieën moet worden gerekend, heeft deze bepaling bovendien een ruim bereik doordat zij is gericht tot ‘een ieder’. De zorg die door een ieder in acht moet worden genomen, moet volgens de wetgever ‘voldoende’ zijn. In de tweede volzin van het artikel wordt door de wetgever medegedeeld wat de zorg minstens moet inhouden: *“Die zorg houdt in ieder geval in dat...”* etc cetera. Uit de ‘in ieder geval’-formulering kunnen twee dingen worden afgeleid. Indien ten eerste niet aan die ondergrens wordt voldaan, is zonder meer ‘niet voldoende

zorg in acht genomen'. Ten tweede betekent dat tegelijkertijd niet dat een ieder die wél voldoet aan deze ondergrens, zich meteen aan zijn zorgplicht zou hebben gehouden en daardoor per definitie een sanctie zou ontlopen.

### *ii. Opmerkelijkheden*

Opmerkelijk is dat de wetgever de zorgplichtbepaling ook in de wettekst als zodanig heeft gemarkeerd. De aanhef van de bepaling is immers 'Artikel 18 Zorgplicht'. De letterlijke aanduiding als zorgplicht in het opschrift is niet het enige opmerkelijke aan de wet. Zo luidde art. 91 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden tot de inwerking treding van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht: *"Artikel 91 Geen straf zonder schuld. Geen bestuurlijke boete wordt opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten"*. Opvallend is eveneens de officiële door de wetgever zelf meegegeven inhoudsopgave en de ondertekening door de Koningin in Lech in 2007.<sup>170</sup> Wat daar verder ook van zij, een voor onderhavig onderzoek relevanter op te merken punt, is dat art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden deel uitmaakt van het derde hoofdstuk met de titel 'algemene verboden'. Het betreffende hoofdstuk omvat de artikelen 18 tot en met 22. Dat art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden in lijn met de hoofdstuktitel als verbodsbepaling zou moet worden opgevat, lijkt echter niet evident. Zeker mist dat vanzelfsprekendheid in het licht van een vergelijking met art. 19 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden dat wel onmiskenbaar een verbodsbepaling is. Art. 19 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden luidt als volgt. *"Artikel 19 Verbod op de markt brengen en voorhanden hebben werkzame stoffen. Het is verboden een werkzame stof op de markt te brengen, voorhanden of in voorraad te hebben, binnen Nederland te brengen of, al dan niet in een gewasbeschermingsmiddel of biocide, te gebruiken"*. Andere opmerkelijkheden die onder 'i. strafbepaling' al naar voren kwamen zijn de sanctiehoogtes, het gericht zijn tot een ieder, de voldoende zorg en het opnemen van de zorg-ondergrens.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat de algemene zorgplichtbepaling van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden aan de specifieke verbodsbepalingen vooraf gaat.<sup>171</sup> Ter onderbouwing van de keuze voor strafbaarstelling middels een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling, wordt aangevoerd dat deze 'algemeen geformuleerde gedragsnorm' de individuele verantwoordelijkheid van burgers markeert en ruimte biedt voor diversiteit en dynamiek.<sup>172</sup> Ter nadere motivering wordt voorts gewezen op het proefschrift van Vogelesang-Stoute.<sup>173</sup> De wetgever haalt aan dat zij heeft geschreven: *"Gezien*

<sup>170</sup> Wet van 17 februari 2007, *Stb.* 2007, 125. In werking per 17 oktober 2007, *Stb.* 2007, 386.

<sup>171</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 474, nr. 3, p. 60.

<sup>172</sup> *Idem*, p. 5 en 60.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 60.

*de aard en de variëteit van de toepassingen van bestrijdingsmiddelen zijn bijzondere situaties, toepassingswijzen of andere omstandigheden niet van tevoren te voorzien, laat staan vast te leggen in regelgeving of toelatingsbesluiten. Een algemene zorgplicht waaraan getoetst kan worden, blijft daarom noodzakelijk*".<sup>174</sup> Die noodzaak wordt niet nader uitgewerkt en lijkt voor de wetgever voldoende basis te zijn om art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden als algemene bepaling vooraf te laten gaan aan de verbodsbepalingen.

#### *Betekenis van de tweede volzin*

De zorggedraging uit de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, staat in de eerste volzin. Een ieder is verplicht ten aanzien van gewasbeschermingsmiddelen of biociden of de tot die middelen behorende werkzame stoffen alsmede ten aanzien van lege verpakkingen voldoende zorg in acht te nemen. Vervolgens wordt in het artikel in de tweede volzin uitgelegd wat daaronder *in ieder geval* moet worden verstaan. Op die manier blijft de deur open voor een ruimere uitleg. De wetgever lijkt dat evenwel anders te hebben opgevat. De memorie van toelichting is op dit onderdeel vrij kort. De bepaling zou gezien de memorie van toelichting een ieder die gewasbeschermingsmiddelen en biociden vervoert, bewaart, toepast of verwerkt, verplichten "*tot het treffen van voorzorgsmaatregelen om gevaar voor mensen, dieren en planten [...] zoveel mogelijk te voorkomen [...]*".<sup>175</sup> De vraag kan worden opgeworpen of de wetgever hiermee de zorgplichtbepaling niet een engere betekenis toedicht dan nodig is, of althans dan ten aanzien van andere bepalingen het geval is. In de bepaling zelf staat iets anders. De eerste volzin van artikel 18 lijkt namelijk wel meer te verlangen dan dat een persoon 'zoveel mogelijk' zijn best doet gevaar te voorkomen. Hiërarchisch gezien zullen twee volzinnen van een wetsbepaling toch boven een enkele toelichtende zin uit de parlementaire geschiedenis staan? Ware dat anders dan had de wetgever die ene toelichtende zin beter in de bepaling kunnen neerleggen. Het lijkt er daarom op dat de wetgever in de memorie van toelichting in eigen woorden kort wilde herhalen waar art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden nu eigenlijk over gaat. Daaraan mogen geen materieelrechtelijke consequenties worden verbonden. Lagen aan de hier bedoelde tussenzin van de wetgever wél materieelrechtelijke ideeën ten gronde, dan had dat moeten zijn benadrukt. Tegelijkertijd zou de formulering 'zoveel mogelijk' weleens gekoppeld kunnen zijn aan de inkleuring van het zorgen, namelijk als *voldoende* zorg. Hoewel ook dat niet met zoveel woorden door de wetgever is gezegd, wordt daarmee mogelijk onbedoeld wel een tipje van de sluier opgelicht voor wat betreft de betekenis van 'voldoende zorgen'. In hoofdstuk 6 zal deze kwestie worden uitgediept omdat daar – na dit vijfde hoofdstuk – meer overzicht zal bestaan van de bepalingen waarin eveneens is gekozen voor 'voldoende' zorg.

---

<sup>174</sup> E.M. Vogelesang-Stoute, *Bestrijdingsmiddelenrecht. Een rechtsvergelijking*, (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 434.

<sup>175</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 474, nr. 3, p. 60.

Al met al geven de overwegingen van de wetgever aanleiding tot enige onduidelijkheid. Niet onbelangrijk is in dit verband dat de wetgever in een andere alinea, die welgeteld één zin beslaat, zich laat ontvallen: *“Hoewel in andere bewoordingen geformuleerd, is de voorgestelde bepaling in strekking te vergelijken met artikel 13, vierde lid, van de Bestrijdingsmiddelenwet 1962”*. De opvatting dat art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden en art. 13 lid 4 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (oud) ongeveer hetzelfde zijn, zou de oorzaak kunnen zijn voor de wat warrige toelichting die zich op onderdelen lastig verhoudt tot de huidige bepaling. Het kan namelijk, anders dan de wetgever meent, juist streng worden betwijfeld of ondanks de ‘andere bewoordingen’ de twee bepalingen ‘in strekking’ met elkaar kunnen worden vergeleken. Over die vergelijking gaan de volgende alinea’s.

*Vergelijking met de voorloper: art. 13 lid 4 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (oud)*

De huidige Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden is van recente datum en strekte tot vervanging van de Bestrijdingsmiddelenwet 1962.<sup>176</sup> Opvallend is dat de beperkte en – gezien het bovenstaande – niet zeer verhelderende toelichting van de wetgever uit 2007 op art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, juist naadloos lijkt aan te sluiten bij de oude versie van de bepaling en dus minder bij de huidige versie. Teneinde te achterhalen of de door de wetgever gemaakte vergelijking tussen de oude en de nieuwe versie gerechtvaardigd is, moet worden afgevraagd in hoeverre de oude bepaling overeenkomt met de huidige bepaling.

In art. 13 lid 4 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (oud) stond ook reeds een soort zorgplichtbepaling opgenomen, maar die was duidelijk anders geformuleerd.<sup>177</sup> De voorloper luidde oorspronkelijk als volgt. *“Een ieder is verplicht ten aanzien van bestrijdingsmiddelen, ledige verpakkingen en resten van bestrijdingsmiddelen een zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen, dat geen gevaar ontstaat voor de mens of voor dieren, welker instandhouding gewenst is en dat aan planten, delen van planten, grond of viswater, welke aan anderen toebehoren, geen grotere schade wordt toegebracht dan uit een juist gebruik van het middel voortvloeit”*. Het ging aldus in de oude versie, kort gezegd, om ‘de verplichting van een ieder ten aanzien van bestrijdingsmiddelen zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen dat geen gevaar voor mens en omgeving ontstond’. Later is dit gewijzigd in ‘dat geen gevaar kan ontstaan’.<sup>178</sup> Hoewel de memorie van toelichting in de eenentwintigste eeuw daarbij oogt aan te haken, lijkt de wettekst uit 2007 toch een slag anders te werken. Het ‘voldoende zorg in acht nemen’ uit de meest recente versie, is niet hetzelfde als ‘het verplicht zijn zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen dat een

<sup>176</sup> Wet van 12 juli 1962, *Stb.* 1962, 288. In werking per 1 september 1962, *Stb.* 1962, 353.

<sup>177</sup> De bepaling stond in eerste instantie in het derde lid, in 1995 (*Stb.* 1995, 4) is het vernummerd naar het vierde lid, E.M. Vogelesang-Stoute, *Bestrijdingsmiddelenrecht. Een rechtsvergelijking*, (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 430.

<sup>178</sup> E.M. Vogelesang-Stoute, *Bestrijdingsmiddelenrecht. Een rechtsvergelijking*, (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 430.

bepaald gevaar niet ontstaat'. Hierbij kunnen verschillende kanttekeningen worden geplaatst.

### *Manke vergelijking deel I*

Ten eerste staat in de oude versie *“een ieder is verplicht ten aanzien van bestrijdingsmiddelen, ledige verpakkingen en resten van bestrijdingsmiddelen een zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen, dat geen gevaar ontstaat voor de mens of voor dieren”* enzovoort. In de nieuwste versie staat na het ‘zorg in acht te nemen’ een ander leesteken, namelijk een punt. Daar eindigt de zin: *“Een ieder is verplicht ten aanzien van gewasbeschermingsmiddelen of biociden of de tot die middelen behorende werkzame stoffen alsmede ten aanzien van lege verpakkingen voldoende zorg in acht te nemen.”* Vervolgens wordt in de nieuwe versie in de tweede volzin uiteengezet wat het zorgen in acht nemen ‘in ieder geval’ inhoudt. En daarbij is vervolgens aangeknoopt bij de voorloper, maar die koppeling is bepaald niet limitatief. Was het met andere woorden in de oude versie dus nog zo dat de in acht te nemen zorgvuldigheid specifiek gericht moest zijn op het niet kunnen ontstaan gevaar, daar is eind 2007 voor een andere benadering gekozen en heeft de zorg een veel wijder bereik (dat dus niet louter meer beperkt is tot gevaar). De door de wetgever gegeven toelichting miskent dat verschil.

### *Manke vergelijking deel II*

Ten tweede zou met Advocaat-Generaal Remmelink kunnen worden gesteld dat het bestanddeel zorgvuldigheid in de oude bepaling moet worden gezien als variant van culpa.<sup>179</sup> De geadresseerde van de oude bepaling zou zodanig onzorgvuldig moeten gedragen dat gevaar kon ontstaan. Remmelink stelt: *“Strikt genomen heeft de wetgever in deze lezing derhalve een schuldbestanddeel ingevoegd, hetgeen bij overtredingen niet vaak voorkomt. Onzorgvuldig kan men opvatten als ‘onachtzaam’, ‘onoplettend’, ‘onvoldoende zorgzaam’”*.<sup>180</sup> De ‘zorgvuldigheid’ dient met andere woorden te worden opgevat als schuldbestanddeel, meer bepaald als synoniem van culpa en niet als (afgeleide van het) gedragsbestanddeel ‘zorgen’. Vanuit dat perspectief staat de oude bepaling dus niet zonder reden los van de in onderhavig onderzoek voorgestane wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin (vergelijk paragraaf 4.3.1). Dat volgt nog sterker uit het niet verwijzen door Remmelink naar een paar maanden voordien genomen conclusie betreffende een bepaling die juist wél moest worden aangemerkt als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin.<sup>181</sup>

### *Manke vergelijking deel III*

Ten derde, en dat sluit aan bij de twee voornoemde punten, zou volgens de wet-

---

<sup>179</sup> Zie A-G Remmelink voor Hoge Raad 13 april 1976, NJ 1976, 425. Zie ook E.M. Vogelesang-Stoute, *Bestrijdingsmiddelenrecht. Een rechtsvergelijking*, (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 433.

<sup>180</sup> A-G Remmelink voor Hoge Raad 13 april 1976, NJ 1976, 425, tweede alinea.

<sup>181</sup> Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (zie daarover verder hoofdstuk 6).



gever in de toelichting van 2007, het 'niet treffen van maatregelen' het strafrechtelijke gedragingsbestanddeel zijn en daderschap opleveren. In de meest recente versie van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden hoeft het daderschap echter niet langs die lijn te lopen. Van het niet de vereiste zorg in acht genomen hebben, kan ook sprake zijn zonder dat onvoldoende maatregelen zijn getroffen. De schending van de zorgplichtbepaling uit art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden is niet afhankelijk van te nemen maatregelen. Zelfs al waren voldoende maatregelen genomen, dan nog zou de zorgplicht kunnen zijn geschonden op andere wijze. Waarom de wetgever in de toelichting van de regeling uit 2007 heeft gesproken van 'bepaalde maatregelen treffen' kan vermoedelijk worden verklaard door te bedenken dat de wetgever in de recentste toelichting de oude bepaling uit de Bestrijdingsmiddelenwet 1962 op het oog had. Dat is evenwel een uitleg van de wetgever die niet goed past bij de voor art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden gekozen redactie.

Kortom, de voorloper van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden kan tegen de achtergrond van het voorgaande dus niet gegolden hebben als zorgplichtbepaling, althans zijn de twee bepalingen te verschillend om gerechtvaardigd in de memorie van toelichting op één lijn te kunnen worden gezet. Voor zover in die toelichting al een uitleg van de zorggedraging staat, kan daaraan geen waarde worden gehecht.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden is geen recente jurisprudentie gepubliceerd. Gezien het ontstaan van de bepaling eind 2007 behoeft dat niet te verrassen.

#### *v. Tussenstand*

Art. 13 lid 4 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (oud) is nu eenmaal niet (op alle onderdelen) hetzelfde als de bepalingen waartoe onderhavig onderzoek zich beperkt. Het huidige art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden is echter wel een dergelijke bepaling. Over deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is in de wetsgeschiedenis wel een en ander in het algemeen naar voren gebracht. Over de materieelstrafrechtelijke werking en meer in het bijzonder over het strafrechtelijk daderschap is evenwel niet veel naar buiten gekomen. In art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden zelf staat na de eerste slotzin opgenomen wat in ieder geval als vereiste 'zorg' moet worden opgevat. Problematisch daaraan is dat het ten eerste niets zegt over het daderschap waar naar in voorliggend onderzoek wordt gezocht. Ten tweede lijkt die invulling een voortzetting te zijn van de voorganger van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, te weten art. 13 lid 4 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (oud) en die bepaling was niet een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin zodat ook de toelichting in artikel 18 zelf, het onderzoek naar een mogelijk bijzondere daderschapsconstructie bij bepalingen met het werkwoord zorgen (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel, niet veel verder brengt. En tot slot laat de

bepaling vanaf de tweede volzin ruimte voor verdergaande interpretaties. Daarmee is die aanvulling verhelderend voor de gevallen die in ieder geval binnen het bereik van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden zouden kunnen vallen, maar worden daardoor de grenzen niet bepaald.

### **5.3.2.3 Art. 54 lid 1 Flora- en faunawet – ‘zorg dragen’**

Art. 54 lid 1 Flora- en faunawet luidt als volgt. *“1. Degene die met een geweer jaagt, is gehouden er zorg voor te dragen dat zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor schade waartoe het verrichten van die handelingen met gebruikmaking van een geweer aanleiding kan geven door een verzekering is gedekt in overeenstemming met de bij of krachtens deze wet gestelde regels. De in de vorige zin bedoelde verzekeringsplicht betreft niet de aansprakelijkheid welke voor de jachthouder kan voortvloeien uit het niet-nakomen van de verplichting als bedoeld in artikel 37.”*

Art. 1a onder 3 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn eveneens: [...] 3° overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: de Flora- en faunawet, de artikelen [...] 54, eerste lid [...]”*

Art 2 lid 4 WED luidt als volgt. *“4. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 4°, en artikel 1a, onder 3°, zijn overtredingen.”*

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. *“4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.”*

#### *i. Strafbepaling*

Van art. 54 lid 1 Flora- en faunawet bestaat geen misdrijf variant. Schending van de bepaling levert altijd een overtreding op. Dat heeft consequenties voor sommige opsporingsbevoegdheden die slechts kunnen worden uitgeoefend indien sprake is van (verdenking van) een misdrijf. Op de overtreding staat een hechtenisstraf gesteld van maximaal zes maanden, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie. De geadresseerde van de bepaling is de persoon die met een geweer jaagt. Diegene is gehouden er zorg voor te dragen dat zijn burgerlijke aansprakelijkheid voor schade waartoe het verrichten van die handelingen met gebruikmaking van een geweer aanleiding kan geven door een verzekering is gedekt. Een en ander dient bovendien in overeenstemming te zijn met de bij of krachtens de Flora- en faunawet gestelde regels.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

In vergelijking met de tot nog toe hierboven besproken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is opmerkelijk dat deze bepaling geen misdrijf-variant kent. Daarnaast is opmerkelijk dat een verplichte verzekering langs strafrechtelijke weg wordt afgedwongen en dat daartoe bovendien de vorm van een

wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is gekozen. Op deze laatste keuze wordt in de volgende alinea ingegaan.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin met het werkwoord 'zorgen' (althans een afgeleide daarvan) als bestanddeel, is als economisch delict vermeld in art. 1a onder 3 WED. Deze toevoeging was ingegeven door een vergelijking met art. 30 Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, waarin schending van de verzekeringsplicht eveneens was strafbaar gesteld.<sup>182</sup> Dat verklaart in ieder geval enigszins de keuze voor het openstellen van strafrechtstoepassing. Ook in dit geval rijst weer de vraag wat de wetgever heeft bewogen tot de uiteindelijk gekozen redactie. Waarom is niet gekozen voor een bepaling met de strekking: 'het is verboden te jagen met een geweer zonder een [nader genoemde] verzekering'? Waarom moet de jager *er zorg voor dragen* dat zijn civiele aansprakelijkheid is afgedekt door een verzekering? De formulering van de bepaling had zeker anders kunnen worden vormgegeven. Dat is niet gebeurd. De wetsgeschiedenis van art. 54 Flora- en faunawet voltrok zich op navolgende wijze. Voordat in 2002 – de Flora- en faunawet bestond toen al – de bepaling in werking is getreden,<sup>183</sup> werd in eerste instantie voorgesteld dat de plicht te zorgen voor een bepaalde verzekering, zou worden neergelegd in art. 51 Flora- en faunawet.<sup>184</sup> Voor een strafbaarstelling was toen nog niet gezorgd,<sup>185</sup> die kwam pas later en was, zoals gezegd, ingegeven door een niet uitgewerkte vergelijking met de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen.<sup>186</sup> Over het juridisch functioneren van het werkwoord *zorgen* als gedragsbestanddeel is verder niets inhoudelijk in de wetsgeschiedenis van de Flora- en faunawet gezegd.<sup>187</sup> Art. 54 lid 1 Flora- en faunawet is pas als economisch delict strafbaar gesteld sinds 1 april 2002.<sup>188</sup> De bepaling is overgenomen uit art. 12a Jachtwet dat nooit strafbaar was.<sup>189</sup> In de memorie van toelichting uit de jaren zeventig werd vooral de tekst van de bepaling herhaald. *"In het eerste lid is de verzekeringsplicht van de jager die met een geweer jaagt neergelegd. Hij is gehouden zijn burgerrechtelijke aansprake-*

<sup>182</sup> *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 147, nr. 8, p. 15.

<sup>183</sup> Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 402. In werking per 1 april 2002, *Stb.* 2001, 656.

<sup>184</sup> *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 147, nr. 2, p. 18, *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 147, nr. 3, p. 79 en *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 147, nr. 9, p. 16.

<sup>185</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 147, nr. 2, p. 34.

<sup>186</sup> *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 147, nr. 8, p. 15. Die vergelijking kan niet gericht zijn geweest op het hoe en waarom van de zorggedraging omdat het woord 'zorg' slechts één keer voorkomt in de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, en wel als zorgplicht (art. 30 lid 8 WAM) voor het Openbaar Ministerie: *"Het openbaar ministerie draagt er zorg voor, dat de geïnde bedragen tegen kwijting aan het Waarborgfonds Motorverkeer worden uitgekeerd"*.

<sup>187</sup> *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 147, nr. 3, p. 79. Wel is veel tekst besteed aan een 'algemene zorgplichtbepaling' in art. 2 Flora- en faunawet.

<sup>188</sup> Besluit van 12 december 2001, *Stb.* 2001, 656.

<sup>189</sup> Wet van 8 juni 1977, *Stb.* 1977, 387. In werking per 10 augustus 1977 en uiteindelijk met de Jachtwet ingetrokken per 1 april 2002, *Stb.* 2001, 656. Het stond nooit in (voorlopers van) art. 70 Jachtwet (oud) dat de strafbaarstelling van de bepalingen uit de Jachtwet regelde.

*lijkheid waartoe de uitoefening van de jacht met gebruikmaking van een geweer aanleiding kan geven te verzekeren*".<sup>190</sup> Over de inhoud van het zorgen werden ten aanzien van deze niet-strafrechtelijke bepaling geen opmerkingen gemaakt. De toelichting op de bepaling en het zojuist aangehaalde citaat lezend, lijkt het 'zorgen' voor de jachtwetgever in de jaren zeventig niet bijzonder te zijn geweest.

Opvallend is dat ook in de parlementaire geschiedenis van de Flora- en faunawet de bepaling niet als 'echte' zorgplichtbepaling lijkt te worden beschouwd. Interessant is namelijk dat in die geschiedenis een hele andere bepaling, te weten art. 2 Flora- en faunawet waarin een niet-strafrechtelijk te handhaven algemene zorgplicht voor een ieder staat opgenomen, consequent niet alleen wordt aange-merkt als 'zorgplichtbepaling,' maar zelfs wordt verondersteld de *enige* zorgplichtbepaling te zijn. Alle andere bepalingen die niet art. 2 Flora- en faunawet zijn, worden beschouwd als verbodsbepaling en zijn in de ogen van de wetgever niet een werkelijke zorgplichtbepaling.<sup>191</sup> Dat illustreert treffend hoe weinig bewust is gekozen voor de term 'zorg dragen' in art. 54 Flora- en faunawet. De bepaling wordt over het hoofd gezien of althans verondersteld een reguliere verbodsbepaling te zijn. Bijzondere aandacht ervoor bestaat zodoende ook niet in deze wet.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 54 lid 1 Flora- en faunawet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Over het eerste lid van art. 54 Flora- en faunawet is in de wetsgeschiedenis niets belangwekkends gezegd waaruit een eventuele bijzondere werking van de zorggedraging voor het strafrechtelijk ouderschap zou kunnen volgen. Opvallend is wel, en dat werd al eerder geconstateerd, dat de wetgever deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin bepaald niet als iets bijzonders opvat. Het is voor de wetgever 'gewoon' *one of the guys*.

### **5.3.2.4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen**

In de Wet voorkoming verontreiniging door schepen is een aantal bepalingen opgenomen dat voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin kan doorgaan. Het betreft de artikelen 11 lid 1 en 13 lid 2, 3 en 4. Eerst zal art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen worden besproken. Daarna is art. 13 Wet voorkoming verontreiniging door schepen aan de beurt.

---

<sup>190</sup> *Kamerstukken II*, 1977/78, 13188, nr. 3, p. 16.

<sup>191</sup> *Kamerstukken I*, 1997/98, 23 147, nr. 104b, p. 6: "Voor het strafrechtelijk optreden is de reikwijdte van de verbodsbepalingen van de wet bepalend".

**5.3.2.4.1 Art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen – ‘zorgplicht’**

Art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen luidt als volgt. “1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de zorgplicht van de kapitein van een bij of krachtens die maatregel aangewezen categorie schip ten aanzien van het aan boord bijhouden van een journaal waarin handelingen met betrekking tot het vervoer van schadelijke stoffen en gedragingen als bedoeld in artikel 5, eerste lid, worden aangetekend, en de daarbij in acht te nemen regels ten aanzien van onder meer de gegevens die moeten worden vermeld, de wijze van vermelding, alsmede de plaats waarop en de periode gedurende welke het journaal dient te worden bewaard.”

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. “Economische delicten zijn eveneens: [...] 2°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet voorkoming verontreiniging door schepen, de artikelen [...] 11, eerste en tweede lid [...]”

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. “1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”

Art. 6 lid 1 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. “1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.”

*i. Strafbepaling*

Ook ten aanzien van art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen is slechts van een misdrijf sprake indien de dader het economisch delict opzettelijk beging. In geval opzet niet aan de orde was, gaat het om een overtreding. De sanctie is in geval van een misdrijf gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. In geval van een overtreding is de sanctie hechtenis van ten hoogste zes maanden of eveneens een taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De bepaling is gericht tot de kapitein van een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie schip. Op deze geadresseerde rust de zorgplicht ten aanzien van het aan boord bijhouden van een journaal waarin handelingen met betrekking tot het vervoer van schadelijke stoffen en gedragingen als bedoeld in art. 5 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen, worden aangetekend.

*ii. Opmerkelijkheden*

Opmerkelijk is het gebruik van de letterlijke term ‘zorgplicht’ in een wettelijke bepaling. Wellicht dat in de parlementaire geschiedenis zou kunnen worden ach-

terhaald welke betekenis de wetgever op het oog had. Daartoe is van belang dat wordt onderzocht hoe het delict luidde voordat het in 2007 de huidige vorm kreeg.<sup>192</sup>

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

De Wet voorkoming verontreiniging door schepen betreft de invoering van het Internationaal verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen, inclusief een aantal protocollen en bijlagen.<sup>193</sup> Daarin werd niets tegengekomen met betrekking tot de zorgplicht van de kapitein het hier besproken journaal bij te houden. In 1982 werd voorgesteld dat art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen als volgt zou luiden. *“De kapitein van een schip [...] zorgt dat aan boord een journaal wordt bijgehouden waarin handelingen met betrekking tot het vervoer en de lozing van schadelijke stoffen worden aangetekend [...]”*.<sup>194</sup> De voorgestelde bepaling is uiteindelijk ongewijzigd tot wet verworden.<sup>195</sup> Een opvallend verschil tussen de jaren tachtig versie van art. 11 Wet voorkoming verontreiniging door schepen en de versie uit 2007, is dat in de ouste versie het werkwoord ‘zorgen’ als gedragsbestanddeel voorkwam en dat in de meest recente versie het betreffende bestanddeel zodanig is omgevormd dat daar nu staat ‘de zorgplicht van de kapitein’. Over deze aanpassing wordt in de toelichting helaas echter niets opgemerkt. De wijziging van 2007 is ten aanzien van art. 11 Wet voorkoming verontreiniging door schepen niet inhoudelijk geweest.<sup>196</sup> Voor de opnemings in de jaren tachtig van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de Wet voorkoming verontreiniging door schepen werd slechts één argument aangevoerd, namelijk opdat kan worden nagegaan of bij de bedrijfsvoering aan boord van het schip (voor welke de verantwoordelijkheid berust bij de kapitein) in overeenstemming wordt gehandeld met de bepalingen ter voorkoming van verontreiniging van de zee.<sup>197</sup> De strafbepaling dient aldus het gemak – althans de doeltreffendheid<sup>198</sup> – van de handhaving van andere bepalingen, meer bepaald het lozingsverbod, in de Wet voorkoming verontreiniging door schepen. Het is opmerkelijk dat dat gemak kracht moest worden bijgezet met een strafbepaling. Dat daarbij bovendien werd gekozen voor een zorgplichtbepaling is evenzeer opvallend. Dat lijken immers bepalingen te zijn die bijzonder snel kunnen worden geschonden, die niet altijd even duidelijk zijn voor de normadressaat en waarvan de democratisch rechtsstatelijke houdbaarheid zou kunnen worden betwifteld. Daaraan doet een stevige uitwerking in het tweede lid van art. 11 Wet voorkoming verontreiniging door schepen via een algemene maatregel van be-

---

<sup>192</sup> Wet van 6 september 2006, *Stb.* 2006, 446. In werking per 1 januari 2007, *Stb.* 2006, 694.

<sup>193</sup> Internationaal verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen, *Trb.* 1975, 147 en 1978, 187 en 188.

<sup>194</sup> *Kamerstukken II*, 1981/82, 17 320, nr. 2, p. 4.

<sup>195</sup> Wet van 14 december 1983, *Stb.* 1983, 683. In werking per 15 april 1986, *Stb.* 1986, 191.

<sup>196</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 500, nr. 3, p. 29.

<sup>197</sup> *Kamerstukken II*, 1981/82, 17 320, nr. 3, p. 5.

<sup>198</sup> *Idem*, p. 12.

stuur, behelzende de wijze van aantekeningen maken in het journaal, niet af. In de verdere wetsgeschiedenis is art. 11 Wet voorkoming verontreiniging door schepen vanuit het perspectief van ouderschap en zorgplichtbepalingen, niet noemenswaardig besproken.<sup>199</sup>

#### *iv. Jurisprudentie*

In de casus van *Rechtbank Middelburg 10 maart 2003, LJN AF5487* stond niet zozeer de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling art. 11 Wet voorkoming verontreiniging door schepen centraal (zie paragraaf 5.3.2.4.1), maar kwam de regeling wel aan de orde. Aan een kapitein van een schip uit Honduras dat in Nederlandse wateren lag, was valsheid in geschrift (art. 225 Sr) ten laste gelegd. Aan boord bleek het journaal dat was aangetroffen niet te voldoen aan de Nederlandse voorschriften. De kapitein had zodoende zijn zorgplicht uit art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging schepen geschonden. Dat was echter niet ten laste gelegd. Dat had ook niet gekund omdat het niet ging om een Nederlands schip. In de uitspraak wordt gesteld dat het betreffende artikel 11 niet van toepassing is op schepen in Nederlandse wateren. Dat zou wel gelden voor bijvoorbeeld de lozingsbepaling in art. 5 Wet voorkoming verontreiniging schepen, maar om die bepaling ging het in casu niet. Over de zorgplicht uit artikel 11 werd inhoudelijk niets meer gesteld dan: *“Het op een juiste wijze bijhouden van het oliejournaal is ingevolge het bepaalde in artikel 11 Wvvs immers alleen verplicht en strafbaar gesteld voor kapiteins van Nederlandse schepen”*.<sup>200</sup> Aan het hele gebeuren was in de betreffende zaak niets valselijk. De kapitein hoefde immers het journaal niet bij te houden en werd daarom door de rechtbank vrijgesproken van het ten laste gelegde valsheid in geschrift. Hoewel de bepaling aldus wel in recente gepubliceerde jurisprudentie is toegepast, zegt het over de materieelrechtelijke werking verder niets.

#### *v. Tussenstand*

Opvallend is de terminologie in de huidige vorm van de zorgplichtbepaling. Art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen luidde oorspronkelijk anders. Tot 2007 heeft daarin een zorggedraging opgenomen gestaan. De voornaamste reden voor de initiële redactie van het artikel, was gelegen in het gebruiksgemak en de doeltreffendheid ervan. Meer is over het zorg-bestanddeel niet gezegd. Ook niet toen het bestanddeel vervangen werd door het huidige bestanddeel ‘de zorgplicht van de kapitein’. Evenmin is de werking van het zorgbestanddeel verduidelijkt in de enige recente rechterlijke uitspraak. Hoewel het in casu voor de vervolgende instantie uiteindelijk niet succesvol verliep, lijkt de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin wel vrij eenvoudig te zijn toegepast. Daar toont zich dan weliswaar misschien het gebruiksgemak waarvan de wetgever sprak, maar over de rechtstatelijke houdbaarheid ervan

<sup>199</sup> *Kamerstukken II*, 1981/82, 17 320, nr. 5 en 6.

<sup>200</sup> *Rechtbank Middelburg*, 10 maart 2003, LJN AF5487.

zegt het niets.

#### **5.3.2.4.2 Art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen – ‘zorgen’**

Art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen luidt als volgt. *“2. Degene die schadelijke stoffen, of gevaarlijke stoffen als bedoeld in het eerste lid, aan de kapitein, de exploitant of de agent aanbiedt voor vervoer per schip, is verplicht ervoor te zorgen dat de voor vervoer aangeboden stoffen werkelijk die zijn welke overeenkomstig het eerste lid zijn aangegeven.*

*3. Indien de in het eerste lid bedoelde gegevens zijn verstrekt aan de kapitein, is deze verplicht ervoor te zorgen dat deze gegevens voor het vertrek van het schip uit de haven ook bij de exploitant of de agent op de wal beschikbaar zijn.*

*4. Indien de in het eerste lid bedoelde gegevens zijn verstrekt aan de exploitant of de agent, is deze verplicht ervoor te zorgen dat deze gegevens voor het vertrek van het schip uit de haven ook bij de kapitein aan boord beschikbaar zijn.”*

Art. 1a onder 1 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn eveneens: 1° overtreddingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet voorkoming verontreiniging door schepen, de artikelen [...] 13a, eerste, tweede, derde en vierde lid [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 lid 1 onder 1 en 3 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: 1° in geval van misdrijf, voor zover het betreft een economisch delict, bedoeld in artikel 1, onder 1°, of in artikel 1a, onder 1°, met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, taakstraf of geldboete van de vijfde categorie; [...] 3° in geval van overtreding, voor zover het betreft een economisch delict bedoeld in artikel 1, onder 1°, of in artikel 1a, onder 1°, met hechtenis van ten hoogste een jaar, taakstraf of geldboete van de vierde categorie;”*

#### *i. Strafbepaling*

Alle drie de zorgplichtbepalingen in art. 13a Wet voorkoming verontreiniging door schepen zijn opgenomen in art. 1a onder 1 WED. Indien sprake is van opzet, kan een maximale gevangenisstraf worden opgelegd van zes jaren, een taakstraf of een geldboete van de vijfde categorie. Indien opzet niet kan worden bewezen, is sprake van een overtreding waarop een maximale hechtenisstraf van ten hoogste een jaar, taakstraf of geldboete van de vierde categorie staat. In lid 1, dat geen zorgplichtbepaling is, staat dat een aangifte lijst met daarop bepaalde goederen moet worden ingediend. Ten aanzien van die goederen-aangiftelijst wordt in de leden 2, 3 en 4 uitgewerkt dat die bij de juiste personen terechtkomt en dat de



inhoud correct is. De wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin (de leden 2, 3 en 4) zijn gericht tot vier mogelijk geadresseerden.<sup>201</sup> Lid 2 is gericht tot degene die schadelijke stoffen, of gevaarlijke stoffen als bedoeld in het eerste lid, aan de kapitein, de exploitant of de agent aanbiedt voor vervoer per schip. Lid 3 is gericht tot de kapitein indien aan hem de in het eerste lid bedoelde gegevens zijn verstrekt. Lid 4 is gericht tot de exploitant of de agent indien de in het eerste lid bedoelde gegevens aan de exploitant of agent zijn verstrekt. De geadresseerde van lid 2 is verplicht ervoor te zorgen dat de voor vervoer aangeboden stoffen werkelijk die zijn welke overeenkomstig het eerste lid zijn opgesomd. De geadresseerde van lid 3 (de kapitein) is verplicht ervoor te zorgen dat de gegevens uit het eerste lid voor het vertrek van het schip uit de haven ook bij de exploitant of de agent op de wal beschikbaar zijn. De geadresseerde uit lid 4 (de exploitant of de agent) is verplicht ervoor te zorgen dat de in het eerste lid bedoelde gegevens voor het vertrek van het schip uit de haven ook bij de kapitein aan boord beschikbaar zijn.

## ii. *Opmerkelijkheden*

Opvallend is dat de bepaling een soort wederzijdse verplichting kent. Als de kapitein de gegevens eerst krijgt, geeft hij ze door aan de exploitant of de agent op de wal en omgekeerd: als de exploitant of de agent het eerst over de ladinggegevens beschikt, zorgen zij ervoor dat de aangifte wordt doorgegeven aan de kapitein. Voor het overige is het een zorgplichtbepaling als alle andere. Opnieuw rijzen vragen ten aanzien van de keuze voor de zorggedraging en ten aanzien van de keuze voor het strafrecht.

## iii. *Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

De bepaling is in 1996<sup>202</sup> in de wet terechtgekomen als implementatie van art. 4 van de Richtlijn betreffende de minimumeisen voor schepen die gevaarlijke of verontreinigende goederen vervoeren en die naar of uit de zeehavens van de Gemeenschap varen.<sup>203</sup> In de betreffende Europese bepaling werd al gesproken van 'zorgen'. Die zorggedraging is overgenomen in de nationale regeling en in de memorie van toelichting herhaalt de wetgever de wettekst als volgt. *"Omdat echter gelet op de richtlijn het verstrekken van aangifte alleen aan de exploitant of agent, of alleen aan de kapitein van het schip niet voldoende is, moet worden geregeld dat de gegevens ook aan de andere partij worden verstrekt. Om deze reden voorziet het wetsvoorstel in artikel I, onder B, er in dat de exploitant of de agent, respectievelijk de kapitein hiervoor moeten zorgen. De ladinggegevens worden in de praktijk*

<sup>201</sup> Bij de geadresseerden wordt in de memorie van toelichting uitgebreid stilgestaan. Op onderdelen is gekozen voor van de richtlijn afwijkende terminologie die beter aansluit bij de het Nederlandse private- en publieke recht, *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 271, nr. 3, p. 2-3.

<sup>202</sup> Wet van 3 juli 1996, *Stb.* 1996, 400. In werking per 1 oktober 1996, *Stb.* 1996, 470.

<sup>203</sup> Richtlijn nr. 93/75/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 september 1993 betreffende de minimumeisen voor schepen die gevaarlijke of verontreinigde goederen vervoeren en die naar of uit de zeehavens van de Gemeenschap varen (*PbEG* 1993 L 247/19).

*meestal het eerst aan de exploitant of de agent verstrekt, die er op zijn beurt voor zorgt dat deze voor vertrek van het schip ook aan boord worden gebracht*".<sup>204</sup> Om te kunnen voldoen aan de noodzaak dat de gegevens zowel aan boord als aan de wal voorhanden zijn, houdt de bepaling in dat de ladinggegevens moeten worden verstrekt aan de kapitein of de exploitant. *"Daarnaast is voorzien in een wederzijdse verplichting voor de kapitein en exploitant om ervoor te zorgen dat de gegevens ook aan de andere partij worden verstrekt. Het beoogde resultaat dat de ladinggegevens zowel aan boord als aan de wal voorhanden zijn, wordt aldus bereikt op een wijze die beter aansluit bij de tekst van artikel 4 van de richtlijn en die in de praktijk goed uitvoerbaar is"*.<sup>205</sup> De wetgever laat weten dat het resultaat moet worden bereikt dat de ladinggegevens aan boord en aan de wal voorhanden zijn. Duidelijk wordt echter ook in de korte verdere wetsgeschiedenis niet of daartoe geen andere redactie dan met behulp van het 'zorgen' had kunnen volstaan.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin van art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

De Europese regelgever schreef het zorgen in art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen voor en de nationale wetgever nam dat zonder commentaar over. De bijzondere nationale milieuwetgever heeft niet gekeken naar de strafrechtelijke betekenis van het gedragingsbestanddeel 'zorgen'.

### **5.3.2.5 Art. 1a lid 1 en 2 Woningwet – 'draagt zorg'**

Art. 1a lid 1 en 2 Woningwet luidt als volgt. *"1. De eigenaar van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen draagt er zorg voor dat als gevolg van de staat van dat bouwwerk, die standplaats, dat open erf of terrein geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt.*

*2. Een ieder die een bouwwerk of standplaats bouwt, gebruikt, laat gebruiken of sloopt, dan wel een open erf of terrein gebruikt of laat gebruiken, draagt er, voor zover dat in diens vermogen ligt, zorg voor dat als gevolg van dat bouwen, gebruik of slopen geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt."*

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. *"Economische delicten zijn eveneens: [...] 2° overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Woningwet, de artikelen 1a [...]"*

---

<sup>204</sup> Kamerstukken II, 1994/95, 24 271, nr. 3, p. 3-4.

<sup>205</sup> Kamerstukken II, 1994/95, 24 271, nr. B, p. 2.

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. “1. *De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.*”

Art. 6 lid 1 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. “1. *Hij, die een economisch delict begeaat, wordt gestraft: [...] 2° in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4° in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.[...]*”

#### *i. Strafbepaling*

Art. 1a Woningwet bestaat uit twee leden. Beide leden kunnen worden aangeduid als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. In lijn met de meeste in het voorgaande besproken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, geldt ook ten aanzien van de twee leden in art. 1a Woningwet, dat het onderscheid tussen misdrijf en overtreding afhankelijk is gemaakt van de aanwezigheid van opzet. Op de misdrijfvariant staat een gevangenisstraf van hoogstens twee jaren, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie. Op de overtredingvariant staat een hechtenisstraf van ten hoogste zes maanden of eveneens een taakstraf of geldboete van de vierde categorie. Het eerste lid is gericht tot de eigenaar van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen. Het tweede lid is gericht tot een ieder die een bouwwerk of standplaats bouwt, gebruikt, laat gebruiken of sloopt, dan wel een open erf of terrein gebruikt of laat gebruiken. Beide regelingen kenden aldus verschillende geadresseerden. Het onderscheid keert terug bij de zorg die van beide potentiële daders wordt verlangd. De eigenaar, of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het aldaar treffen van voorzieningen, draagt er zorg voor dat als gevolg van de staat van dat bouwwerk, die standplaats, dat open erf of terrein geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt. De geadresseerde in het tweede lid heeft dezelfde plicht zorg te dragen voor geen gevaar, maar, en daarin lijkt een belangrijk verschil te kunnen zitten, op deze geadresseerde rust de zorgplicht slechts ‘voor zover dat in diens vermogen ligt’.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

Het voornaamste verschil tussen de twee onderdelen is dat in het tweede lid aan het ‘zorg dragen’ is toegevoegd: ‘voor zover dat in diens vermogen ligt’. Het bereik van de zorgplichtbepaling in lid 2 lijkt aldus kwalitatief te zijn beperkt tot de capaciteiten van de geadresseerde. In hoeverre dat daadwerkelijk het geval is, wordt in het onderstaande besproken. Een vraag is bijvoorbeeld of het gaat om de fysieke of de juridische vermogens van de geadresseerde. Tegelijkertijd zou een ander effect van de betreffende zinsnede kunnen zijn dat in de gevallen waarin die aanvulling niet is opgenomen, de vraag of het zorgen al dan niet in iemands

vermogen lag, niet – althans minder – relevant is. Vergelijkbare inkleuringen zijn vaker zichtbaar, maar dan merendeels in de vorm van een ogenschijnlijk nadere precisering van het bestanddeel ‘zorg’ door daarvan te maken: *voldoende zorg of zoveel mogelijk zorg* (zie de paragrafen 5.3.2.7 en 5.4.2.8.2 met betrekking tot art. 3 Wet bescherming Antarctica respectievelijk art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 en hoofdstuk 6). Een ander punt is dat de bepaling zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk kan worden gehandhaafd. Die combinatie is op zichzelf niet ongebruikelijk, maar bij vergelijkbare delicten die overkoepelend aan het begin van een wet staan opgenomen, zoals in de Wet milieubeheer (art. 1.1a) en de Flora- en faunawet (art. 2), ontbreekt juist de strafrechtelijke component. Het onderscheid tussen bestuursrecht en strafrecht is in de wetsgeschiedenis van art. 1a Woningwet niet altijd even duidelijk. Zo lijkt op enig moment merkwaardigerwijs zelfs te worden verondersteld dat de zorgplichten uit art. 1a Woningwet alleen bij de gemeente rusten.<sup>206</sup> In dezelfde lijn valt op dat ook de Minister wel van mening lijkt te zijn dat de bepaling toch vooral bestuursrechtelijk is bedoeld. Het voordeel van de regeling zou volgens de Minister namelijk zijn dat niet meer via een systeem van aanschrijving hoeft te worden gewerkt om de eigenaar te vertellen wat heeft te gebeuren ten aanzien van een gevaarlijke situatie, maar dat spoedeisend optreden kan plaatsvinden bij acute noodsituaties.<sup>207</sup> Op de (bestuursrechtelijke) handhaving van de zorgplichtbepaling *buiten* ‘acute noodsituaties’ wordt vervolgens niet ingegaan in de wetsgeschiedenis. In ieder geval bestaat voor het bestuur de mogelijkheid snel en doortastend op te treden. De primaire focus van de regeling wordt op deze manier wel helder, te weten verduidelijking en concretisering van de bevoegdheid van burgemeester en wethouders.<sup>208</sup> Daarmee is over het strafrecht echter niets gezegd. Ook hier is de vraag waar de bepalingen vandaan komen en waarom ze als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin zijn vormgegeven.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Art. 1a Woningwet staat als overkoepelende bepaling bijna helemaal vooraan in de wettelijke regeling. Art. 1a Woningwet dient volgens de Minister als vangnet en heeft algemene werking.<sup>209</sup> Het delict vangt gevallen op die nog niet wettelijk geregeld (konden) zijn en geldt tegelijkertijd aanvullend naast de andere delicten (verbodsbepalingen) in de Woningwet. Van de bepaling verwachtte de Minister dat een belangrijke preventieve werking zou uitgaan.<sup>210</sup> Meermaals wordt in de wetsgeschiedenis benadrukt welke (algemene) voordelen de wetgever in zorgplichtbepalingen als deze meent te mogen zien. Onder meer wordt gewezen op de

---

<sup>206</sup> *Kamerstukken I*, 2005/06, 29 392, nr. B, p. 1.

<sup>207</sup> *Kamerstukken I*, 2005/06, 29 392, nr. C, p. 2. De “*betrekkelijk ongeclausuleerde bevoegdheid voor burgemeester en wethouders om aan te schrijven tot het treffen van voorzieningen*” wordt door art. 1a Woningwet vervangen, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 9.

<sup>208</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 20-21.

<sup>209</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 4, p. 4.

<sup>210</sup> *Idem*.

vangnetfunctie waardoor kan worden geanticipeerd op gevallen die niet voorzienbaar waren en niet in een wettelijke regeling konden worden gevat.<sup>211</sup> Voorts zouden zorgplichtbepalingen bijvoorbeeld ook ten dienste staan van het streven naar deregulering en vereenvoudiging van de bouwregelgeving.<sup>212</sup> De al opgekomen vraag is eerst waarom art. 1a Woningwet tevens een economisch delict zou moeten kunnen opleveren.

### *Waarom strafrecht?*

Waarom wordt het strafrecht erbij gehaald? Dat is immers om te beginnen bij het vergelijkbare art. 2 Flora- en faunawet en art. 1.1a Wet milieubeheer juist niet het geval. In de wetsgeschiedenis kan geen direct antwoord worden gevonden op de vraag waarom schending van art. 1a Woningwet als economisch delict moest worden aangemerkt. In de memorie van toelichting staat slechts één bijzin, die niet meer inhoudt dan dat ingevolge artikel III van het wetsvoorstel overtreding van de zorgplicht in artikel 1a onder 2 WED is strafbaar gesteld.<sup>213</sup> Voorts is vermeldenswaardig dat bij de voorbereiding van het wetsvoorstel het Openbaar Ministerie uitdrukkelijk heeft laten weten voorstander te zijn van het strafbaar stellen van overtredingen van art. 1a Woningwet.<sup>214</sup> Daarbij is gewezen op twee punten. Ten eerste op het eveneens strafbaar gesteld zijn van art. 13 Wet bodembescherming en art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud).<sup>215</sup> Deze vergelijking gaat echter – anders dan op dit punt de vergelijking zojuist met art. 2 Flora- en faunawet en art. 1.1a Wetmilieubeheer – mank. Het betreft namelijk niet identieke zorgplichtbepalingen, althans niet identiek binnen de in onderhavig onderzoek gemaakte onderscheiden tussen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in ruime zin en in enge zin. In de door het Openbaar Ministerie als voorbeeld genoemde bepalingen (art. 13 Wet bodembescherming en art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (oud)) staat niet het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel opgenomen, maar staat in de delictsomschrijving *“is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd”*. Ten tweede wordt gewezen op het schijnbaar volgens het openbaar Ministerie bij uitstek geschikt worden geacht van de zorgplichtbepaling in art. 1a Woningwet om in situaties van ernstige gevaarstelling adequaat te kunnen optreden.<sup>216</sup> Deze punten van het Openbaar Ministerie zijn door de wetgever in de

<sup>211</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 9.

<sup>212</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>213</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>214</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 4, p. 4 en *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 6, p. 14. Voor het feit dat dit in een eerder advies aan de wetgever een ‘omstreden gemakkelijkhedso oplossing’ werd genoemd, was de wetgever kennelijk doof, Advies van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool*, Den Haag 2001, p. 134.

<sup>215</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 27 en *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 4, p. 4.

<sup>216</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 4, p. 4.

memorie van toelichting dankbaar herhaald.<sup>217</sup> Daar moet echter tegenin worden gebracht dat het materiële strafrecht niet is bedoeld voor het bereiken van doelmatigere, efficiëntere en/of adequatere optredens van overheidsinstanties. De grondslag voor adequaat optreden bij acute noodsituaties zou het openbaar Ministerie, althans de politie, moeten kunnen vinden in art. 2 en 8 Politiewet. Gevaren voor gezondheid en veiligheid, lijken te kunnen corresponderen met de politietaken hulp te verlenen aan degenen die dat behoeven. Voor andere gevallen, dat wil zeggen: niet acute noodsituaties, zouden in beginsel de 'reguliere' verbodsbepalingen uit de Woningwet moeten volstaan.

Over de keuze voor strafrechtelijke handhaving naast bestuursrechtelijke handhaving wordt voor het overige vrij weinig gezegd. Dat is des te opmerkelijker wanneer daartegenover de voorspelling van de wetgever wordt geplaatst, waarin hij stelt dat het wetsvoorstel een bijdrage zal leveren aan de beoogde intensivering van het toezicht op de naleving en een consequentere handhaving met geïntensiveerde aanpak van overtredingen.<sup>218</sup> *"Als gevolg van deze intensivering zal sprake kunnen zijn van een toename van het aantal geconstateerde overtredingen en delicten en daaruit voortkomende procedures voor de bestuursrechter, het Openbaar Ministerie en de strafrechter. Enerzijds zal dit mede het gevolg zijn van de vereenvoudigingen die met dit wetsvoorstel worden doorgevoerd in de handhavingssystematiek, anderzijds door de algemeen geformuleerde zorgplicht die in het voorgestelde artikel 1a van de Woningwet is opgenomen"*.<sup>219</sup> De inschatting van de wetgever is dat dit mede zal leiden tot een verzwaring van de taken van de bestuursrechter en de strafrechter *"vanwege een toename van het aantal procedures"*.<sup>220</sup> Het is jammer dat de wetgever aan de ene kant meent dat aanwending van het strafrecht zal toenemen, maar aan de andere kant én niet overtuigend beargumenteerd waarom mogelijke toepassing van het ultimum remedium opportuun is én over de specifieke materieelrechtelijke invulling en werking van de zorgplichtbepalingen uit art. 1a lid 1 en 2 Woningwet niets mededeelt. Sterker nog, in de ogen van de wetgever behoren anderen zich met de inhoud bezig te houden. De wetgever laat namelijk wel weten wat er moet gebeuren wanneer het Openbaar Ministerie strafrechthandhavend optreedt. Volgens de wetgever zal het Openbaar Ministerie rechtstreeks voorschrijven wat de betrokkene moet doen. De wetgever overweegt: *"indien niet wordt voldaan aan de zorgplicht dienen burgemeester en wethouders, indien tot bestuurlijke handhaving wordt overgegaan, dan wel het Openbaar Ministerie, ingeval van strafrechtelijke handhaving concreet aan te geven welke maatregelen dienen te worden genomen of welk handelen achterwege dient te blijven om de overtreding te beëindigen"*.<sup>221</sup> Voor het optuigen van een dergelijke strafrechtelijke bevoegdheid lijkt een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling toch niet het geëigende middel te zijn? De

---

<sup>217</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 27.

<sup>218</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>220</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>221</sup> *Idem*, p. 26.

wetgever lijkt zich door die ingeving niet gehinderd te weten. De wetgever wijst namelijk op de mogelijkheid van voorlopige maatregelen in de Wet op de economische delicten.<sup>222</sup> In art. 28 WED staat inderdaad de mogelijkheid opgenomen dat onder bepaalde omstandigheden het openbaar Ministerie als voorlopige maatregel een verdachte zou kunnen bevelen (a) zich te onthouden van bepaalde handelingen, of (b) in het kader van inbeslagneming bepaalde voorwerpen op te slaan en te bewaren. Anders dan de wetgever in bovenstaand citaat lijkt te denken, is daarin niet de bevoegdheid geregeld dat het openbaar Ministerie de verdachte dwingt op diens kosten bepaalde maatregelen te nemen. Zou het rechtstatachtig niet correcter zijn als in die gevallen de strafrechter – en niet het openbaar Ministerie – invulling zou geven aan de zorgplichtbepaling en zou bepalen wanneer het delict wel of niet is geschonden? Dat is immers ook de regeling in de Wet op de economische delicten. Eén van de mogelijk door de *rechter* op te leggen (niet voorlopige) maatregelen is “[...] *de verplichting tot verrichting van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietdoening van hetgeen wederrechtelijk is verricht en verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander, alles op kosten van de veroordeelde, voor zover de rechter niet anders bepaald*” (art. 8 sub c WED). Die mogelijkheid ontbreekt in de door de woningwetgever aangehaalde art. 28 en 29 WED. Naast dat door de wetgever geen deugdelijke grond voor strafbaarstelling van art. 1a Woningwet wordt aangevoerd, lijkt de wetgever zich aldus bovendien te hebben gebaseerd op een afwijkende lezing van de Wet op de economische delicten. Dat is des te opmerkelijker, nu in die eigen interpretatie juist de voornaamste reden voor strafbaarstelling gelegen lijkt te zijn (voor zover het daartoe aangevoerde overigens al als onderbouwing van de strafbaarstelling mag worden opgevat).

#### *Materieelrechtelijke inhoud van zorggedraging?*

De onderbouwing van de strafrechtelijke zijde van art. 1a Woningwet is zodoende niet optimaal. De volgende vraag is of door de wetgever inzage in zijn opvattingen betreffende de materieel strafrechtelijke werking en invulling van de zorgplichtbepaling is gegeven. Anders dan in onderhavig hoofdstuk tot nu toe gebruikelijk bleek bij andere wetten, heeft de wetgever ten aanzien van de strafrechtelijk inhoudelijke zijde van de zorgplichtbepaling in de wetsgeschiedenis van de Woningwet wel een en ander meegegeven.<sup>223</sup> De opbouw van die toelichting is overigens enigszins warrig. Zo is een aantal keer hetzelfde punt gemaakt maar anders verwoord, wordt daardoor tegelijkertijd van de hak op de tak gesprongen en is het geheel grotendeels niet uitgesplitst op bestuursrechtelijke onderscheidenlijk strafrechtelijke werking.

#### *Vermogen om zorg te dragen*

Het meest opvallend is, zoals eerder opgemerkt, het verschil tussen beide zorg-

<sup>222</sup> Idem, p. 27. Zie art. 28 en 29 WED.

<sup>223</sup> Zie *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 25-27.

plichtbepalingen, te weten de nuancering in het tweede lid van art. 1a Woningwet dat de geadresseerde slechts hoeft zorg te dragen 'voor zover dat in diens vermogen ligt'.<sup>224</sup> Daarmee is volgens de wetgever niet beoogd dat bepaalde persoonlijke eigenschappen van een persoon de reikwijdte van de zorgplicht bepalen. De zinsnede heeft evenmin betrekking op wat een bepaalde persoon wist of had kunnen weten.<sup>225</sup> Het gaat hier dus niet om individuele capaciteiten. Met het bestanddeel 'voor zover dat in diens vermogen ligt' wordt bedoeld *"op de hoedanigheid en de feitelijke en juridische bevoegdheden waarmee een persoon in relatie staat tot een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein"*.<sup>226</sup> De inkleuring hiervan wordt bepaald door civielrechtelijke overeenkomsten, rechten en verplichtingen. Voor zover een persoon al geadresseerde is van de zorgplicht uit het tweede lid van art. 1a Woningwet (bijvoorbeeld als eigenaar, beheerder, verhuurder, onderaannemer), kan hij deze bepaling dus slechts schenden voor zover hij tevens juridisch bij machte en bevoegd is aan de zorgplicht te voldoen. De gekozen formulering beperkt dus niet het bereik van de zorggedraging, maar beperkt het aantal geadresseerden. Slechts zij die het in hun feitelijke en juridische vermogen hebben om zorg te dragen, kunnen de zorggedraging uit art. 1a lid 2 Woningwet begaan. Dat sluit aan bij het uitgangspunt van de wetgever, namelijk *"dat degene die verantwoordelijk is voor een gevaarzettende situatie ook verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen daarvan zonder zich daar met een beroep op subjectieve (persoonlijke) eigenschappen of kennis aan te kunnen onttrekken"*.<sup>227</sup> De wetgever lijkt hier te laten doorschemeren dat de zorggedraging een vrij directe werking heeft waaraan een geadresseerde niet licht kan onttrekken. Zou het zo kunnen zijn dat het bij de invulling van de zorggedraging in de kern gaat om aan de geadresseerde toebedeelde verantwoordelijkheid? De geadresseerde van de bepalingen moet ervoor zorgen dat (als gevolg van het bouwen, gebruiken of slopen van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein) geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid *ontstaat*. Zodra dat gevaar wel ontstaat, is de zorgplicht geschonden door degene die de verantwoordelijkheid had te zorgen dat dat niet zou gebeuren. Het zich voordoen van een bepaalde situatie is voor die schending toereikend. Dit oogt op het eerste gezicht misschien niet nieuw aangezien bij het openbaar maken van jaarstukken, aangifte doen van geboorte en omissiedelicten het daderschap eveneens behoorlijk direct totstandkomt. Bij laatstgenoemde varianten is evenwel nodig dat een gedraging (doen en/of laten) wordt aangeduid en een belangrijke vraag in voorliggend onderzoek is in hoeverre bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin een traditionele gedraging (doen en/of laten) voorwaarde is voor het strafrechtelijk daderschap. Is het mogelijk

---

<sup>224</sup> Dit betreft geen latere aanvulling. Vanaf de eerste versie van het wetsvoorstel stond de nuancering erin, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 323, nr. 2, p. 2. Het tweede lid richt zich in beginsel dan ook tot 'een ieder,' terwijl het eerste lid is gericht op 'de eigenaar' of 'degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het treffen van voorzieningen' aan het bouwsel.

<sup>225</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 9 en 27.

<sup>226</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 27.



dat het 'zorgen' moet worden losgezien van doen en/of laten? De geadresseerde lijkt zich bij de hier onderzochte zorgplichtbepalingen kennelijk onvoldoende te hebben ingespannen aan de wetsbepaling te voldoen en zal wegens dat gebrek aan inspanning met strafrechtelijk optreden door de overheid rekening moeten houden. Het is interessant dat de wetgever in de wetsgeschiedenis van art. 1a Woningwet een aantal dingen heeft gezegd over de werking van deze zorgplichtbepalingen. Daarop wordt in de volgende alinea ingegaan.

*Werking van de zorgplichtbepaling?*

De geadresseerde moet volgens de wetgever 'bijzondere aandacht besteden aan de naleving van de verplichting'. Het eventueel niet voldoen aan de zorgplicht ligt immers "*in beginsel binnen de risicosfeer van de eigenaar of andere bevoegde persoon*".<sup>228</sup> De geadresseerde personen zijn gehouden het noodzakelijke te doen om het ontstaan of voortduren van gevaar voor de gezondheid of veiligheid te voorkomen dan wel te beëindigen. Dat noodzakelijk gebodene kunnen maatregelen zijn of handelingen of juist het achterwege laten daarvan.<sup>229</sup> Vereist zijn een adequaat en tijdig *optreden*.<sup>230</sup> Dat optreden kan van alles zijn. "*De aard en de omvang van een gevaar zijn bepalend voor de te treffen maatregelen en voor hetgeen in een bepaald geval mag worden verwacht van een persoon als bedoeld in het eerste of tweede lid van artikel 1a*".<sup>231</sup> Dat wat in objectieve zin vereist is om het gevaar te voorkomen, is ook dat wat van de geadresseerde mocht worden verwacht. De maatregel of het optreden van een persoon moet "*vanuit technisch/fysiek, organisatorisch oogpunt [...] objectief gezien geschikt zijn om het gevaar te voorkomen of te beëindigen*".<sup>232</sup> Opvalt dat het bestanddeel zorgen meer omvat dan alleen 'maatregelen nemen'. Het kan ook gaan om een bepaald optreden dat iets anders kan zijn dan een bepaalde genomen maatregel. De wetgever staat bovendien een objectieve benadering voor ogen bij het (achteraf) bepalen van de mate van objectief gevaar en de vraag of het optreden (het zorgen) daartegen objectief gezien geschikt was. Daarbij moet worden aangetekend dat de geschiktheid van het optreden *onafhankelijk* is van individuele capaciteiten van de betrokken personen. Ook naar de geadresseerden moet objectief worden gekeken. De schending van de zorgplichtbepaling en het bijbehorende strafrechtelijk daderschap lijkt zodoende vrij zwart-wit te kunnen worden benaderd. Wanneer een gevaarlijke situatie ondanks genomen maatregelen of een bepaald optreden nog bestaat, is objectief de zorgplicht geschonden. Immers, dát optreden moet plaatsvinden en die maatregelen moeten worden genomen die in objectieve zin vereist zijn om te

<sup>228</sup> Idem, p. 25.

<sup>229</sup> Idem, p. 26.

<sup>230</sup> Idem, p. 25.

<sup>231</sup> Idem, p. 26. Of sprake is van gevaar (voor gezondheid of veiligheid) en wat daarvan de aard en de omvang zijn, kan volgens de wetgever in de eerste plaats in het algemeen "*naar deskundigheidsmaatstaven op het gebied van bouwen, bouwwerken, gezondheid en veiligheid in redelijk objectieve mate*" worden vastgesteld.

<sup>232</sup> Kamerstukken II, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 26.

bereiken dat geen gevaar ontstaat of voortduurt.<sup>233</sup> Het lijkt zodoende bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen niet te gaan om de vraag of een persoon alles heeft gedaan wat in diens macht lag de situatie te voorkomen (zoals bij andere soorten zorgplichtbepalingen in ruime zin wel het geval is). Indien de door de wetgever ongewenste situatie (in art. 1a Woningwet gevaar voor gezondheid of veiligheid in het kader van bouwsels) zich namelijk eenmaal voordoet, dan heeft de geadresseerde niet alles gedaan wat in objectieve zin vereist was om die situatie af te wenden. De geadresseerde heeft aldoende de delictuele gedraging verricht en is strafrechtelijk dader van het delict. Daarmee lijkt indirect de vraag te zijn beantwoord dat de 'zorggedraging' iets anders is dan de traditionele gedraging in de vorm van het 'doen en laten'. Het is van belang in de verdere geschiedenis van de bijzondere wetten verder te zoeken naar bevestiging van deze gedachte.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin van art. 1a lid 1 en 2 Woningwet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Wat bij eerder besproken bepalingen nog niet het geval was, deed zich voor bij art. 1a Woningwet. In de wetsgeschiedenis bij art. 1a lid 1 en 2 Woningwet zijn enige (indirecte) opmerkingen over de mogelijke werking van ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin gemaakt. Het is nog maar de vraag hoe onverkort dit geldt voor andere wetten waarin strafrechtelijke zorgplichtbepalingen staan opgenomen. Het is zonder nader onderzoek niet heel aannemelijk dat de eerste de beste wetsgeschiedenis waarin eindelijk iets wordt toegelicht omtrent de werking van zorgplichtbepalingen, meteen en onverkort zou gelden voor alle andere overeenkomstige bepalingen. Daarom is het van belang dat verder wordt gezocht naar zorgplichtbepalingen waaraan een andere werking wordt toegekend. Naast die voorgenomen falsificatie kan bovendien de vraag worden opgeworpen in welke mate de wetgever in de wetsgeschiedenis van de Woningwet wel heeft gedacht aan specifiek *strafrechtelijke* zorgplichtbepalingen. Daarmtrent kunnen namelijk twee twijfels bestaan. Zo lag ten eerste de focus in de wetsgeschiedenis vrij zwaar op het bestuursrecht. Ten tweede stelde de wetgever art. 1a Woningwet gelijk aan art. 13 Wet bodembescherming en art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen, terwijl die twee niet zo één-op-één vergelijkbaar zijn.<sup>234</sup> Daarbij moet daarenboven worden aangetekend dat het initiatief voor de strafrechtelijke handhaving van de bepaling voornamelijk bij het openbaar Ministerie heeft gelegen.<sup>235</sup> Nochtans kunnen aan de toelichting van de wet-

---

<sup>233</sup> Idem en *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 6, p. 14.

<sup>234</sup> Art. 1a Woningwet ziet immers op 'zorgen' en art. 13 Wet bodembescherming en art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen op 'maatregelen nemen ter voorkoming'.

<sup>235</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 6, p. 14.

gever wel enige aanwijzingen worden ontleend betreffende de werking van daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen.

### 5.3.2.6 Art. 12 lid 3 Destructiewet (oud) – ‘zorg dragen’

Art. 12 lid 3 Destructiewet (oud) luidde als volgt. “3. *De eigenaar of houder van laag-risico-materiaal is verplicht zorg te dragen dat dat materiaal overeenkomstig door Onze Minister te stellen regelen wordt verpakt, geëtiketteerd en bewaard.*”

Art. 1a onder 3 WED luidde toentertijd als volgt. “*Economische delicten zijn eveneens: [...] 3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: de Destructiewet, de artikelen 3, eerste, tweede en derde lid, 4a, 6, 9, 10, eerste en vijfde lid, 11, 12, 13, eerste, tweede, derde, vierde en vijfde lid, 15, 17, eerste lid, en 25, vierde lid; [...]*”

Art. 2 lid 4 WED luidde toentertijd als volgt. “*De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 4°, en artikel 1a, onder 3°, zijn overtredingen.*”

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidde toentertijd als volgt. “*Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.*”

#### *i. Strafbepaling*

Art. 12 lid 3 Destructiewet (oud) was een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Deze bepaling richtte zich tot de eigenaar van laag-risico-materiaal. Voornoemde geadresseerde was dader zodra hij niet zorgde dat dat materiaal overeenkomstig bepaalde voorschriften werd verpakt, geëtiketteerd en bewaard. De strafbare gedraging was niet het verpakken, etiketteren of bewaren; de strafbare gedraging was het niet *zorg dragen* dat dat verpakken, etiketteren of bewaren conform lagere regelgeving plaatsvond. Art. 12 lid 3 Destructiewet (oud) was een overtreding waarop hechtenisstraf van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie stond gesteld.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

Bijzonder aan het derde lid van art. 12 Destructiewet (oud), is de verhouding tot het eerste lid van art. 12 Destructiewet (oud). In de betreffende bijzonderheid is overigens ook meteen de aanleiding gelegen voor de bespreking van een bepaling als art. 12 lid 3 Destructiewet (oud) die tegenwoordig eigenlijk niet meer kan worden aangemerkt als *wettelijke* strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin en daardoor in feite buiten de focus van het onderzoek zou moeten vallen. Het eerste lid van art. 12 Destructiewet (oud) luidde als volgt. “1. *De eigenaar of houder van hoog- of gespecificeerd hoog-risicomateriaal is verplicht het overeenkomstig door Onze Minister te stellen regelen te administreren, het aan te geven bij, alsmede het ter beschikking te houden van en af te staan aan de ondernemer binnen wiens werkgebied het materiaal zich bevindt*”. Opvallend is dat ten aanzien van

eigenaars of houders van 'hoog-risico-materiaal'<sup>236</sup> niet was besloten tot gebruik van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling. Mogelijk zou daaruit voorzichtig kunnen worden afgeleid dat met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen eerder gewerkt zou mogen worden bij minder ernstige, dan bij ernstigere delicten. In art. 12 lid 1 Destructiewet (oud) wordt de eigenaar van het 'hoog-risico-materiaal' namelijk direct verplicht het materiaal conform door de Minister te stellen regels te administreren, aan te geven bij, ter beschikking te houden van, en af te staan aan, de ondernemer binnen wiens werkgebied het materiaal zich bevindt.<sup>237</sup> Als gedragsbestanddeel werd in het eerste lid bij het 'hoog-risico-materiaal' dus niet besloten tot gebruik van het werkwoord 'zorgen' of een afgeleide daarvan. Mogelijk volgt uit de wetsgeschiedenis waarom men in het derde lid een andere aanpak koos.

### *iii. zorggedraging in wetsgeschiedenis*

De Destructiewet is per 1 januari 2008 ingetrokken.<sup>238</sup> Het derde lid van artikel twaalf van de Destructiewet kon pas vanaf eind 1994 worden aangemerkt als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling.<sup>239</sup> Het bestond voordien nog niet. Deze toevoeging van een derde lid aan art. 12 Destructiewet (oud) strekte ertoe de Ministers de mogelijkheid te geven regelingen op te stellen ten aanzien van verpakking, etikettering en bewaring van laag-risico-materiaal. Dat werd noodzakelijk geacht om de door de Europese richtlijn<sup>240</sup> opgelegde voorwaarden ten aanzien van het gehele proces van de verwerking van laag-risico-materiaal (zie art. 2 lid 3 Destructiewet (oud)) te kunnen stellen.<sup>241</sup> De keuze voor het in art. 12 lid 3 Destructiewet (oud) 1) werken met een zorgplichtbepaling die daarnaast 2) strafrechtelijk kon worden gehandhaafd, is in de nationale wetgeschiedenis evenwel niet toegelicht.<sup>242</sup> Gedacht zou daarom misschien kunnen worden dat het aanmerken van de bepaling als economisch delict een vergissing is geweest. Dat is niet het geval. Het is namelijk niet zo dat artikel 12 in zijn geheel in de WED terecht kwam en onbedoeld het nieuwste lid daarin werd meegenomen. Het laatste lid van de bepaling werd daarentegen juist nog afzonderlijk genoemd in het

<sup>236</sup> Zie voor de betekenis daarvan art. 2 lid 1 Destructiewet (oud).

<sup>237</sup> In paragraaf 4.4.2 zijn vergelijkbare bepalingen besproken als *feitelijke plichten* die op één lijn kunnen worden gesteld met bijvoorbeeld de plicht tot het doen van aangifte van geboorte of overlijden.

<sup>238</sup> Wet van 11 mei 2007, *Stb.* 2007, 224. In werking per 1 januari 2008, *Stb.* 2007, 528.

<sup>239</sup> In de parlementaire geschiedenis aangeduid als vierde lid; uiteindelijk terechtgekomen in het derde lid, *Stb.* 1994, 783 en 784.

<sup>240</sup> Richtlijn nr. 90/667/EEG van de Raad van 27 november 1990 tot vaststelling van gezondheidsvoorschriften voor de verwijdering en verwerking van dierlijke afval, voor het in de handel brengen van dierlijke afval en ter voorkoming van de aanwezigheid van ziekteverwekkers in diervoeders van dierlijke oorsprong (vissen daaronder begrepen) en tot wijziging van Richtlijn 90/425/EEG, (*PbEG* 1990 L 363/51).

<sup>241</sup> *Kamerstukken II*, 1992/93, 22 952, nr. 3, p. 13.

<sup>242</sup> Niet in de kamerstukken. In de handelingen van beide Kamers staat slechts vermeld dat het wetsvoorstel zonder beraadslaging en stemming werd aangenomen, *Handelingen II*, 1993/94, p. 5521 en *Handelingen I*, 1994/95, p. 7.

wetsvoorstel.<sup>243</sup> Op Europees niveau werd in de context van verwerking van dierlijk afval op een aantal onderdelen wel gekozen voor de term ‘zorg dragen’. De Nederlandse regelgeving zou daarop kunnen lijken te zijn geïnspireerd.<sup>244</sup> In de Europese wetgevingsstukken kon in dit kader evenmin iets relevant worden gevonden. Daarom lijkt te mogen worden aangenomen dat ook hier het gebruik van het werkwoord ‘zorg dragen’ als bestanddeel niet anders dan ‘gebruikelijk’ naar Nederlands recht bedoeld kan zijn. Wat dan naar Nederlands recht gebruikelijk is, zal voorwerp van nader onderzoek zijn in de volgende paragrafen. In ieder geval lijkt ervan te mogen worden uitgegaan dat sprake is geweest van een bewuste keuze voor het gedragsbestanddeel ‘zorgen’ in art. 12 lid 3 Destructiewet (oud). Het waarom en de werking van de zorggedraging blijft vooralsnog wederom verborgen. Voordat het onderzoek verder die kant uitgaat, mogen nog twee punten worden benoemd. Het eerste heeft betrekking op wat tegenwoordig is overgebleven van art. 12 Destructiewet (oud). In het tweede punt wordt kort stilgestaan bij art. 15 Destructiewet (oud) dat als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling reeds vanaf 1957 in de (toen geheel nieuwe) Destructiewet (oud) stond opgenomen.

*Art. 12 Destructiewet (oud) tegenwoordig* – Het oude art. 12 Destructiewet (oud) komt tegenwoordig terug in de Regeling dierlijke bijproducten 2008<sup>245</sup> waarin op basis van art. 81c GWWD, verschillende Europese regels naar Nederland worden vertaald. Het betreffende art. 81c GWWD is opgenomen in art. 1a onder 1 WED. Gezien art. 2 lid 1 WED en art. 6 lid 1 onder 1 en 3 WED zijn met de intrekking van de Destructiewet de sanctiemogelijkheden voor de zorgplichtschending enigszins gewijzigd: in geval de zorggedraging opzettelijk wordt begaan is sprake van een misdrijf en kan zes jaren gevangenisstraf worden opgelegd. In de op art. 81c GWWD gebaseerde Regeling dierlijke bijproducten is een groot aantal delicten (eenentwintig in totaal) opgenomen als standaard verbodsbepaling. Deze verbodsbepalingen staan allemaal opgenomen in het tweede hoofdstuk getiteld ‘Europese voorschriften’. In het derde hoofdstuk getiteld ‘Nationale bepalingen’, heeft een vijftal voorschriften de vorm gekregen van een strafrechtelijke zorgplichtbepaling. Het betreft de art. 3.4 lid 1 en 2, art. 3.5 lid 4 en 5 en art. 3.7 lid 1 Regeling dierlijke bijproducten 2008. De nadruk ligt in onderhavig onderzoek uitsluitend op wetten in formele zin. Dat neemt niet weg dat ook in lagere regelingen veel strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin voorkomen. De totstandkoming van het aan de zorggedraging gerelateerde strafrechtelijk dader-

<sup>243</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1993/94, 22 952, nr. 12, p. 9 en *Kamerstukken I*, 1993/94, 22 952, nr. 392, p. 8.

<sup>244</sup> Vergelijk de art. 4, 5 en 9 van Richtlijn nr. 90/667/EEG van de Raad van 27 november 1990 tot vaststelling van gezondheidsvoorschriften voor de verwijdering en verwerking van dierlijke afval, voor het in de handel brengen van dierlijke afval en ter voorkoming van de aanwezigheid van ziekteverwekkers in diervoeders van dierlijke oorsprong (vissen daaronder begrepen) en tot wijziging van Richtlijn 90/425/EEG, (*PbEG* 1990 L 363/51).

<sup>245</sup> *Stcrt.* 19 december 2007, nr. 246, p. 26.

schap mag daar niet anders zijn dan bij dezelfde soort bepalingen in wetten in formele zin.

*Art. 15 lid 1 Destructiewet (oud)* – Nu niettegenstaande het gegeven dat de Destructiewet al enige tijd is ingetrokken toch een zorgplichtbepaling uit deze oude wet is besproken en onderzocht, kan terzijde worden gewezen op een andere zorgplichtbepaling die in de Destructiewet heeft gestaan. Naast artikel 12 stond in de Destructiewet namelijk art. 15 Destructiewet (oud). De oorsprong van art. 15 Destructiewet (oud) lag niet in het Europa zoals dat tegenwoordig bekend is. Het lijkt te zijn ontleend aan het ten tijde van WOII volgens de wetgever ‘niet onbevredigend werkende’ Duitse Destructiebesluit 1942.<sup>246</sup> Dat besluit bevatte echter geen zorgplichtbepaling in de hier gezochte zin.<sup>247</sup> Die vorm werd er door de naoorlogse wetgever aan gegeven. Uit de wetsgeschiedenis kan niet worden opgemaakt waar de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de Destructiewet (oud), art. 15, vandaan kwam of waarom die bepaling in de gekozen zorgredactie is gegoten. In art. 15 lid 1 Destructiewet (oud) stond vanaf het begin (in 1957) voorgeschreven: “1. *De eigenaar of houder van een gestorven of in nood gedood slachtdier, hetwelk ingevolge de Vleeskeuringswet (Stb. 1919, 524) onbruikbaar moet worden gemaakt voor voedsel voor mens en dier, is verplicht zorg te dragen, dat het vóór de overdracht aan de ondernemer niet van de huid wordt ontdaan*”.<sup>248</sup> Twee jaar voordat de Destructiewet per 2008 werd ingetrokken, was deze bepaling met ingang van 1 januari 2006 vervallen.<sup>249</sup> Ten overvloede kan daarbij niet onvermeld blijven dat het vervallen zijn van art. 15 Destructiewet (oud) geen beletsel vormde de niet meer bestaande bepaling gedurende twee jaren te blijven aanmerken als economisch delict tot 1 januari 2008.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van 12 lid 3 Destructiewet (oud) is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Het voorgaande overziend, lijkt het een bewuste keuze van de wetgever te zijn geweest in twee bepalingen van de ingetrokken Destructiewet (oud) te werken met het ‘zorgen’ als gedragingsbestanddeel. Spijtig genoeg is door de wetgever aan die keuze noch aan de gevolgen ervan tekst en uitleg besteed.

---

<sup>246</sup> *Kamerstukken II*, 1955/56, 4103, nr. 3, p. 6 en het op 2 Januari 1942 genomen Besluit van de Secretarissen-Generaal van de Departementen van Sociale Zaken en van Landbouw en Visserij tot regeling van de destructie van vee, vleesch en vleeschwaren (Destructiebesluit 1942), *Nederlandsche Staatscourant*, 10 Maart 1942, nr. 48.

<sup>247</sup> Vergelijk *Stcrt.* 1942, 48, p. 1-2.

<sup>248</sup> Wet van 21 februari 1957, *Stb.* 1957, 84, p. 157.

<sup>249</sup> Wet van 1 december 2005, *Stb.* 2005, 623. In werking per 1 januari 2006, *Stb.* 2005, 648.

**5.3.2.7 Art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica – ‘zoveel mogelijk zorg in acht nemen’**

Art. 3 lid 1 en 2 Wet bescherming Antarctica luidt als volgt. *“1. Een ieder neemt in het Antarctisch gebied zo veel mogelijk zorg voor het Antarctisch milieu in acht.*

*2. De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het Antarctisch milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.”*

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn eveneens: [...] 2°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet bescherming Antarctica, de artikelen 3, eerste lid, [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 lid 1 onder 2 en onder 4 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2°. in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.[...]”*

*i. Strafbepaling*

Ook art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica is in onderdeel twee van art. 1a WED geplaatst. Dat houdt ingevolge art. 2 lid 1 WED ook nu weer in dat het onderscheid tussen misdrijf en overtreding wordt bepaald door de aanwezigheid van opzet. Indien geen sprake is van opzet, geldt de schending van art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica als een overtreding waarop een maximale hechtenisstraf van zes maanden, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie is gesteld (art. 6 lid 1 onder 4 WED). Het enige verschil met de sancties bij de misdrijf-variant is gelegen in de maximale gevangenisstraf van twee jaren (art. 6 lid 1 onder 2 WED). De aanhef in de vorm van ‘een ieder’ ongemoeid latend, wordt in de memorie van toelichting aangeduid wie in beginsel de geadresseerden zijn. *“De zorgplicht bedoeld in dit artikel strekt zich uit over de gehele reikwijdte van het wetsvoorstel en geldt voor iedere organisator, deelnemer en in verband met de uitvoering van de activiteit werkzame persoon in de zin van dit wetsvoorstel, alsmede voor de scheepvaart en luchtvaart die in artikel 2, tweede lid, is uitgezonderd”*.<sup>250</sup>

<sup>250</sup> Kamerstukken II, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 28.

Dat elders in de wet bepalingen zijn opgenomen die een specifieke geadresseerde kennen, wil niet zeggen dat art. 3 Wet bescherming Antarctica daardoor niet tot die personen gericht zou zijn. De bepaling is gericht tot een ieder in het Antarctisch gebied. Deze geadresseerde neemt zoveel mogelijk zorg voor het Antarctisch milieu in acht. Gebeurt dat niet, dan wacht leedtoevoeging door de overheid. In lid 2 van art. 3 Wet bescherming Antarctica is uitgewerkt wat de zorg uit het eerste lid inhoudt.

### *ii. Opmerkelijkheden*

Aan de zorgplichtbepaling van art. 3 Wet bescherming Antarctica zijn drie dingen opmerkelijk. Ten eerste wordt van de dader niet verwacht dat hij 'zorg in acht neemt' maar dat hij '*zo veel mogelijk* zorg in acht neemt'. Een tweede interessant punt ten aanzien van art. 3 Wet bescherming Antarctica is dat ten aanzien van het tweede lid – in de woorden van de wetgever en geheel afwijkend van het hierboven besproken art. 1a Woningwet – 'de plicht zorgvuldig te handelen' meer inhoud heeft voor 'personen die een grotere kennis hebben van de waarde en kwetsbaarheid van het Antarctisch gebied'.<sup>251</sup> Die personen zijn beter op de hoogte van de mogelijke gevolgen van hun optreden. In art. 1a Woningwet deed subjectieve individuele kennis bij bepaalde personen daarentegen juist geheel niet ter zake en ging het om de objectieve vaststelling van de zorgplichtschending (zie zojuist paragraaf 5.3.2.5). Als derde opmerkelijk punt tot slot, wordt in het tweede lid van het artikel uitgewerkt wat 'de zorg, bedoeld in het eerste lid' inhoudt. Beide punten komen enerzijds duidelijk overeen met het hierna (paragraaf 5.3.2.8.2) te bespreken art. 19L Natuurbeschermingswet 1998. Anderzijds vertonen beide bepalingen opmerkelijke afwijkingen. In art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 staat namelijk niet 'zo veel mogelijk zorg' maar 'voldoende zorg' en de uitleg van zorg in het tweede lid is geen uitsluitende toelichting. In het tweede lid van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 staat slechts opgenomen wat 'de zorg, bedoeld in het eerste lid, *in ieder geval* inhoudt'. De vraag die in dat verband rijst, is of achter deze tekstuele variaties een bewust gemaakte keuze van de wetgever schuilgaat of dat het simpelweg inconsequente wetgeving is. De daaraan voorafgaande vraag is uiteraard of in de wetsgeschiedenis überhaupt tekst is gewijd aan de werking en achtergrond van zorgplichtbepaling art. 3 Wet bescherming Antarctica.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

De Wet bescherming Antarctica is de implementatie van het Protocol betreffende milieubescherming<sup>252</sup> bij het Verdrag inzake Antarctica.<sup>253</sup> Omtrent wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin werd daarin niets geregeld. Het besluit tot die vormgeving van art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica is door de

---

<sup>251</sup> Idem, p. 13.

<sup>252</sup> Trb. 1992, 110.

<sup>253</sup> Trb. 1965, 148.



Nederlandse wetgever vrijwillig genomen. Het protocol heeft slechts beperkt invloed gehad. Uit art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica vloeit, gezien de wetsgeschiedenis, onder meer de plicht voort om in 'noodsituaties' zorgvuldig op te treden om nadelige milieugevolgen te voorkomen of ongedaan te maken.<sup>254</sup> De benadrukking van noodsituaties in de memorie van toelichting vindt plaats naar aanleiding van art. 15 van het Protocol betreffende milieubescherming.<sup>255</sup> Ook ten aanzien van deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is weer de vraag of de wetgever bewust heeft gekozen voor openstelling van het strafrecht en daarnaast of hij zich heeft beseft, of althans heeft afgevraagd, hoe bijzonder het gedragsbestanddeel zorgen is.

### *Strafrecht of bestuursrecht of privaatrecht?*

Door de wetgever wordt erop gewezen dat de bepaling is gebaseerd op de zorgplichtbepaling in de Wet milieubeheer.<sup>256</sup> Niet wordt aangewezen welk artikel wordt bedoeld, maar vermoedelijk gaat het om art. 1.1a Wet milieubeheer. Dat artikel heeft namelijk ook een wetsoverkoepelende inslag en staat eveneens vooraan in de wet een soort voorbeeldrol te vervullen. Vervolgens wordt zonder nadere verantwoording terloops opgemerkt dat in tegenstelling tot de bepaling uit de Wet milieubeheer, de bepaling uit de Wet bescherming Antarctica ook nog strafrechtelijk handhaafbaar is.<sup>257</sup> Opmerkelijk is daarna de verdere kwalificatie van de zorgplicht door de wetgever in de memorie van toelichting. De wetgever lijkt het niet meer te hebben over de strafrechtelijke zorgplicht, maar heeft het herhaaldelijk over de bestuursrechtelijke zorgplicht. Zo wordt in de memorie van toelichting gesteld dat van de civielrechtelijke aansprakelijkheid moet worden onderscheiden "*de administratiefrechtelijke zoals neergelegd in artikel 3 van het wetsvoorstel*".<sup>258</sup> Daaraan wordt vervolgens toegevoegd: "*de begrippen 'redelijkerwijs', zoals opgenomen in het tweede lid van artikel 3, zijn kenmerkend voor een zorgplicht in het administratieve recht*".<sup>259</sup> De wetgever lijkt zodoende bij de zorgplichtbepaling vooral de bestuursrechtelijke variant in gedachten te hebben gehad.<sup>260</sup> De bepaling is volgens de wetgever vooral bedoeld voor situaties waarin geen specifieke wettelijke voorschriften worden overtreden. In dergelijke gevallen kan de betrokken persoon "*op grond van overtreding van de zorgplicht worden aangesproken*".<sup>261</sup> Of dat aanspreken op basis van een dergelijke containerbepaling op bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke<sup>262</sup> wijze zal

<sup>254</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 19.

<sup>255</sup> *Trb.* 1992, 110.

<sup>256</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 13 en 28.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 13 en 22.

<sup>258</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>259</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>260</sup> Vergelijk tevens *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 5, p. 13. Dit is overigens in lijn met de later verschenen Nota 'Met recht verantwoordelijk', *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 664, nr. 2, p. 58-59, 62 en 104.

<sup>261</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 13.

<sup>262</sup> In het derde lid van art. 3 Wet bescherming Antarctica wordt expliciet gemaakt dat de be-

plaatsvinden, is allesbehalve onbelangrijk! Helaas wordt in de memorie van toelichting niet onmiddellijk duidelijkheid verschaft. Ondanks gerichte vragen uit het parlement over de strafrechtelijke handhaving,<sup>263</sup> voorziet de Minister niet in een uitvoerige reactie.<sup>264</sup> Op de vraag waarom de strafrechtelijke handhaving zo'n belangrijke rol heeft gekregen in het wetsvoorstel, komt de Minister met het niet-veelzeggende antwoord dat op grond van de Wet op de economische delicten inderdaad ook strafrechtelijke sanctie mogelijkheden openstaan.<sup>265</sup>

*Het bestanddeel zorgen vanuit het ouderschap bezien?*

Het tweede lid biedt meer duidelijkheid omtrent de in acht te nemen zorg. Daarover zegt de wetgever: *"Het tweede lid biedt meer duidelijkheid waaruit de zorg, bedoeld in het eerste lid, dient te bestaan"*.<sup>266</sup> Nergens in de wetsgeschiedenis is een nadere toelichting op art. 3 lid 2 Wet bescherming Antarctica te vinden. Verondersteld lijkt te worden dat het tweede lid voor zich spreekt. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat de gehele bepaling is ontleend aan de zorgplichtbepaling van de Wet milieubeheer (vermoedelijk art. 1.1a Wet milieubeheer).<sup>267</sup> Inderdaad zijn de bepalingen behoorlijk identiek aan elkaar. Maar naast het verschil dat de bepaling uit de Wet milieubeheer geen strafrechtelijke zijde kent, is ook in de redactie een paar onderscheiden te maken. Zo staat in het eerste lid van de bepaling uit de Wet milieubeheer de zinsnede 'voldoende zorg' waar in de Wet bescherming Antarctica staat 'zo veel mogelijk zorg'. En in het tweede lid staat in de Wet milieubeheer wat de zorg (in het eerste lid) *in ieder geval* inhoudt, terwijl in de Wet bescherming Antarctica staat wat de zorg inhoudt (zonder meer).<sup>268</sup> Zoals gezegd, is door de wetgever niet voorzien in een uitgebreide toelichting van de bepaling, laat staan dat is ingegaan op de verschillen met de bepaling uit de Wet milieubeheer waaraan art. 3 Wet bescherming Antarctica is ontleend. Waarin is dan de oorzaak van de verschillen gelegen. Zou het kunnen dat in een moment van verminderde oplettendheid, de bepaling niet helemaal correct is overgeschreven? Het lijkt niet onwaarschijnlijk. Aanwijzingen daarvoor zijn, zoals gezegd, ten eerste de benadrukking dat de bepaling een kopie is van de ook toen al bestaande bepaling in de Wet milieubeheer en ten tweede de afwezigheid van een toelichting op de onderdelen die onderling verschillend zijn. Verondersteld lijkt daarom te mogen worden dat de betekenis van art. 3 Wet bescherming Antarctica niet anders is dan de betekenis van art. 1.1a Wet milieubeheer<sup>269</sup> en art.

---

stuursrechtelijke en strafrechtelijk handhaving, civielrechtelijke acties – ook van de overheid – onverlet laten, *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 28.

<sup>263</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 4, p. 6-7.

<sup>264</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 5, p. 11-13.

<sup>265</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 5, p. 12.

<sup>266</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 28.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 13 en 28.

<sup>268</sup> Weliswaar minder relevant maar ook de toevoeging van een locatie (Antarctica) is een verschil.

<sup>269</sup> Met dien verstande dat de bepaling uit de Wet milieubeheer niet strafrechtelijk kan worden gehandhaafd.

19L Natuurbeschermingswet 1998. Als de bepaling uit de Wet bescherming Antarctica zonder toelichting is gekopieerd uit de Wet milieubeheer en/of de Natuurbeschermingswet, dan zal ook de betreffende parlementaire geschiedenis moeten worden bestudeerd. De wetsgeschiedenis bij de Wet bescherming Antarctica bevat over de invulling van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling immers geen nadere uitwerking. De betekenis die voornoemde delicten gemeenschappelijk hebben, zal dan ook in een latere paragraaf (paragraaf 5.3.2.8.3) worden besproken in de context van de wetsgeschiedenis van de Natuurbeschermingswet 1998.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica kent als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin een aantal bijzonderheden en een aantal niet zo bijzonderheden. Bijzonder is de uitwerking in het tweede lid van de verlangde zorg die ook schaars bij een aantal andere bepalingen voorkomt en in dat verband verderop gezamenlijk zal worden besproken (paragraaf 5.3.2.8.3). Niet zo bijzonder is de weinig heldere keuze in de wetsgeschiedenis voor het strafrecht ten opzichte van het bestuursrecht. Dat komt vaker voor bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Ook weinig verrassend zijn de mogelijke sancties en de afwezigheid van gepubliceerde recente jurisprudentie.

### **5.3.2.8 Natuurbeschermingswet 1998**

In de natuurbeschermingswet 1998 staan twee afzonderlijke bepalingen opgenomen met daarin een zorgplicht. Het betreft art. 17 lid 4 en 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998. In het navolgende zal eerst art. 17 Natuurbeschermingswet worden onderzocht. Daarna is art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 aan de orde. Aansluitend wordt een vergelijking gemaakt tussen laatstgenoemde zorgplichtbepaling, art. 3 Wet bescherming Antarctica en 1.1a Wet milieubeheer. De betreffende bepalingen vertonen namelijk grote overeenkomsten en een paar verschillen. De vraag rijst naar het hoe en waarom van die verschillen.

#### **5.3.2.8.1 Art. 17 lid 4 Natuurbeschermingswet 1998 – ‘zorg dragen’**

Art. 17 lid 1 en 4 Natuurbeschermingswet 1998 luidt als volgt. “ 1. *Gedeputeerde staten kunnen in overeenstemming met de eigenaar en de gebruiker voor een beschermd natuurmonument of een gedeelte daarvan een beheerplan vaststellen, dat het behoud, het herstel of de ontwikkeling van het natuurschoon of van de natuurwetenschappelijke betekenis van het natuurmonument ten doel heeft. [...]*

*4. De eigenaar en de gebruiker zijn verplicht zorg te dragen voor de naleving van het beheerplan, ieder voorzover dat uit de aard van zijn recht voortvloeit.”*

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn eveneens: [...] 2° overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Natuurbeschermingswet 1998, de artikelen [...] 17, vierde lid [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 Lid 1 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2° in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4° in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.”*

#### *i. Strafbepaling*

Gezien art. 1a onder 2 WED is art. 17 lid 4 Natuurbeschermingswet 1998 een economisch delict. Ingevolge art. 6 lid 1 onder 2 WED in verbinding met art. 2 lid 1 WED maakt degene die het economisch delict opzettelijk begaat zich schuldig aan de misdrijfvariant en wordt het mogelijk een gevangenisstraf van maximaal twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie op te leggen. Op basis van art. 6 lid 1 onder 4 WED in verbinding met art. 2 lid 1 WED kan degene die voornoemd economisch delict zonder opzet begaat (waardoor sprake is van de overtredingvariant) worden gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De geadresseerden zijn de eigenaar en de gebruiker. In lid 4 van art. 17 Natuurbeschermingswet 1998 staat dat de eigenaar en de gebruiker verplicht zijn *“zorg te dragen voor de naleving van het beheerplan, ieder voorzover dat uit de aard van zijn recht voortvloeit”*. In lid 1 van art. 17 Natuurbeschermingswet 1998 is neergelegd dat Gedeputeerde Staten in overeenstemming met de eigenaar en de gebruiker voor een beschermd natuurmonument een beheerplan kunnen vaststellen ter behoud, herstel of ontwikkeling van het natuurschoon of van de wetenschappelijke betekenis van een bepaald natuurmonument.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

Opvallend is dat ieder lid van het artikel zich richt tot tegelijkertijd de eigenaar *en* de gebruiker. Dat is opmerkelijk omdat in andere bijzondere wetten meestal wordt gesplitst naar eigenaar *of* gebruiker (vergelijk bijvoorbeeld hierboven de kapitein, exploitant of agent in paragraaf 5.3.2.4.2 omtrent art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen). Merkwaardig genoeg spreekt de wetgever in de memorie van toelichting ten aanzien van deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin juist herhaaldelijk van de eigenaar *of* de

gebruiker.<sup>270</sup> Indien ‘en’ en ‘of’ inderdaad zo eenvoudig voor elkaar inwisselbaar zijn, dan impliceert dat dat de wetgever met de gekozen formulering in de wet geen bijzondere bedoeling had. De vraag is vervolgens of de geadresseerden van art. 17 lid 4 Natuurbeschermingswet 1998 *gezamenlijk* moeten zorg dragen voor de naleving van het beheersplan en zo ja, hoe die zorg dan onderling is verdeeld. Procentueel gezien zouden beide geadresseerden misschien honderd procent moeten zorgen zodat in feite voor tweehonderd procent wordt zorg gedragen. Of zouden beiden vijftig procent moeten zorg dragen? Of misschien twee keer tachtig procent? Het gedeelte na de komma in lid 4 geeft wat dit betreft mogelijk een aanwijzing: “*ieder voorzover dat uit de aard van zijn recht voortvloeit*”. Letterlijke lezing laat ruimte open voor alle bovengenoemde procentuele verhoudingen. Met ‘zijn recht’ in de bijzin van lid 4 zal het eigendomsrecht van de eigenaar dan wel het gebruiksrecht van de gebruiker worden bedoeld en niet een of ander denkbeeldig recht het beheersplan te mogen naleven. De wetsgeschiedenis van de Natuurbeschermingswet 1998, noch die van de voorlopers bieden opheldering. Een parallel trekkend met art. 1a lid 2 Woningwet (waarin ‘voor zover dat in diens vermogen ligt’ wordt uitgelegd als juridische vermogens en niet iemands fysieke capaciteiten, zie paragraaf 5.3.2.5), zou kunnen worden volgehouden dat met ‘voorzover dat uit de aard van zijn recht voortvloeit’ wordt bedoeld ‘voor zover de geadresseerde daartoe de juridische kwaliteiten (bevoegdheden) heeft’. Het beschikken over de juiste juridische vermogens is van belang bij bijvoorbeeld het onderhoud van een beschermd natuurmonument. De juridisch eigenaar zal mees-tentijds ingrijpender kunnen optreden dan de gebruiker dat kan.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

De zorgplichtbepaling uit art. 17 lid 4 was reeds opgenomen in de oorspronkelijke Natuurbeschermingswet uit 1967.<sup>271</sup> In art. 14 lid 3 Natuurbeschermingswet (oud) stond al “*De eigenaar en de gebruiker dragen zorg voor de naleving van het beheersplan, ieder voor zover zulks uit de aard van zijn recht voortvloeit*”. De bepaling was strafbaar gesteld in art. 26 lid 2 Natuurbeschermingswet (oud). Deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling is dus geenszins nieuw, maar helaas is in de wetsgeschiedenis in de jaren zestig over het ‘zorg’-bestanddeel niets gezegd.<sup>272</sup> In de wetsgeschiedenis van de jaren negentig is evenmin iets meegegeven over de zorggedraging. In eerste instantie werd voorgesteld het huidige art. 17 Natuurbeschermingswet 1998,<sup>273</sup> onder te brengen in art. 37 Natuurbeschermingswet 1998.<sup>274</sup> Door het wegvallen van een aantal artikelen stond de bepaling in het voorstel bij de Eerste Kamer uiteindelijk in het zeventiende artikel opge-

<sup>270</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 580, nr. 3, p. 67-68.

<sup>271</sup> Wet van 15 november 1967, *Stb.* 1967, 572.

<sup>272</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1961/62, 6764, nr. 3, p. 10, *Kamerstukken II*, 1962/63, 6764, nr. 4, p. 6 en *Kamerstukken II*, 1965/66, 6764, nr. 5, p. 9.

<sup>273</sup> Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 403, p. 6 en 16. In werking per 1 oktober 2005, *Stb.* 2005, 473.

<sup>274</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 580, nr. 2, p. 10.

nomen.<sup>275</sup> Over de keuze voor strafbaarstelling is in de wetsgeschiedenis een aantal woorden gewisseld. In de memorie van toelichting is overwogen dat het toenmalig voorgestelde zesde lid van art. 37 Natuurbeschermingswet, met daarin de verplichting voor de eigenaar en de gebruiker om zorg te dragen voor naleving van het beheersplan (ieder voor zover zulks uit de aard van zijn recht voortvloeit) in de praktijk zijn nut al had bewezen en daarom was gehandhaafd uit de vorige versie van de Natuurbeschermingswet (1994). In de praktijk, zo was de Minister van oordeel, hadden zich namelijk geen problemen ten aanzien van de handhaafbaarheid voorgedaan.<sup>276</sup> In het parlement rees de vraag of ten aanzien van onder meer het voorgestelde zesde lid van artikel 37 daadwerkelijk sprake is of kan zijn van een economisch delict: *“is de Wet op de economische delicten niet voor andere gevallen bedoeld?”*<sup>277</sup> Die vraag had betrekking op het daadwerkelijk financieel-economisch gehalte van het delict en niet zozeer op twijfels omtrent de wenselijkheid van de strafbaarstelling van zorgplichtbepalingen in het algemeen. In die tijd werden meer delicten van niet primair economische aard in de Wet op de economische delicten strafbaar gesteld. Het antwoord op de in het parlement opgeworpen vraag luidde dan ook weinig verrassend dat de natuurbescherming aansloot bij milieudelicten en in die zin paste bij de nieuwe doelstelling van de wijziging<sup>278</sup> van de Wet op de economische delicten.<sup>279</sup>

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 17 lid 4 Natuurbeschermingswet 1998 is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Gezien de afwezigheid wederom van een uitleg over het ‘zorg dragen’ bestanddeel, zal ook voor art. 17 lid 4 Natuurbeschermingswet 1998 gelden wat in een eerdere en/of andere context van andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is gemeld over de werking van het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragingsbestanddeel. De vraag is ondertussen wel of nog een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin gaat worden gevonden met een wetsgeschiedenis waarin het strafrechtelijk daderschap ten opzichte van ‘zorgen’ daadwerkelijk wordt verduidelijkt.

#### **5.3.2.8.2 Art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 – ‘voldoende zorg in acht nemen’**

Art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 luidt als volgt. *“1. Een ieder neemt voldoende zorg in acht voor de instandhouding van een gebied aangewezen op grond van artikel 10 of een Natura 2000-gebied als bedoeld in artikel 12.*

---

<sup>275</sup> Kamerstukken II, 1997/98, 23 580, nr. 105, p. 6.

<sup>276</sup> Kamerstukken II, 1993/94, 23 580, nr. 3, p. 68.

<sup>277</sup> Kamerstukken II, 1993/94, 23 580, nr. 5, p. 23.

<sup>278</sup> Wet van 4 februari 1994, *Stb.* 1994, 135.

<sup>279</sup> Kamerstukken II, 1994/95, 23 580, nr. 6, p. 31.

*2. De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten, gelet op de instandhoudingsdoelstelling, voor zover het een Natura 2000-gebied betreft dan wel gelet op de wezenlijke kenmerken van een gebied, aangewezen op grond van artikel 10, eerste lid, nadelige gevolgen voor het gebied, bedoeld in het eerste lid, kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijke handelingen achterwege te laten, dan wel, indien dat achterwege laten redelijkerwijs niet kan worden gevegd, alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voorzover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.*

Art. 1a onder 2 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn eveneens: [...] 2° overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Natuurbeschermingswet 1998, de artikelen [...] 17, vierde lid [...]”*

Art. 2 lid 1 WED luidt als volgt. *“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”*

Art. 6 Lid 1 onder 2 en 4 WED luidt als volgt. *“1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 2° in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie; [...] 4° in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.”*

#### *i. Strafbepaling*

Schending van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 levert een misdrijf op indien het economisch delict opzettelijk is begaan. Voor zover het niet opzettelijk is begaan, moet de schending worden aangeduid als overtreding. Op de overtreding staat hechtenisstraf van maximaal zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie gesteld. De mogelijke reguliere sancties op de misdrijfvariant zijn gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De bepaling richt zich tot een ieder. Iedereen is geadresseerde. Van de geadresseerde wordt verwacht dat hij voldoende zorg in acht neemt voor de instandhouding van een gebied aangewezen op grond van artikel 10 of een Natura 2000-gebied als bedoeld in artikel 12.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

In het tweede lid van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 wordt de zorg – bedoeld in het eerste lid – enigszins gespecificeerd. De opbouw is identiek aan, althans zeer vergelijkbaar met, het tweede lid van art. 3 Wet bescherming Antarctica en art. 1.1a Wet milieubeheer. Op een gerichte vraag betreffende het tweede lid die werd opgeworpen tijdens de totstandkoming van de bepaling is helaas niet

gereageerd.<sup>280</sup> Een toelichting op dit onderdeel van de bepaling ontbreekt in de wetsgeschiedenis, zodat zal moeten worden teruggevallen op de verwijzing naar art. 1.1a Wet milieubeheer dat model stond voor art. 19L Natuurbeschermingswet 1998. Tegen de achtergrond van de verbanden die ook door wetgever zijn gelegd tussen art. 19L Natuurbeschermingswet 1998, art. 1.1a Wet milieubeheer en art. 3 Wet bescherming Antarctica zal een vergelijking van de betreffende bepalingen plaatsvinden in navolgende paragraaf 5.3.2.8.3. In dat verband zal nadrukkelijk aandacht bestaan voor lid 2 van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 is evenals art. 17 Natuurbeschermingswet 1998, ingevoerd per 1 oktober 2005.<sup>281</sup> De Nederlandse wetgever heeft zelfstandig gekozen voor de redactie in de vorm van een zorgplichtbepaling aangezien de Europese regeling niet aandrang op gebruik van een zorgbestanddeel.<sup>282</sup> Zoals ten aanzien van de Wet bescherming Antarctica het geval was, werd met de Natuurbeschermingswet 1998 aangeknoopt bij de Wet milieubeheer.<sup>283</sup> Specifiek is volgens de wetgever art. 1.1a Wet milieubeheer als voorbeeld gebruikt.<sup>284</sup> Daaruit volgt dat niet zonder bijbedoeling is gekozen voor een zorgplichtbepaling. De vragen die net als bij de in het bovenstaande al besproken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in eng zin ook ten aanzien van onderhavige bepaling weer opkomen, hebben betrekking op de onderbouwing van de keuze voor het strafrecht en op de inhoud van de zorggedraging.

### *Waarom strafrecht?*

Naast dat bij de Wet milieubeheer wordt aangehaakt, wordt in de memorie van toelichting verwezen naar de nota 'Met recht verantwoordelijk' waarin de regering een lans zou hebben gebroken voor zorgplichtbepalingen.<sup>285</sup> Eveneens zou in die nota een onderbouwing van de keuze voor de strafrechtelijke aanpak moeten kunnen worden gevonden. Dit laatste wordt door de Minister namelijk gesteld

---

<sup>280</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 5, p. 25 en *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 6, p. 31. Zie nader in het onderstaande paragraaf 5.3.2.8.3.

<sup>281</sup> Wet van 20 januari 2005, *Stb.* 2005, 195. In werking per 1 oktober 2005, *Stb.* 2005, 473.

<sup>282</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 44, hoewel het de implementatie is van art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn, is die bepaling niet gericht op het gebruik van een zorgplichtbepaling. Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (*PbEG* 1992 L 206/7).

<sup>283</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 580, nr. 3, p. 35.

<sup>284</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 19.

<sup>285</sup> Idem. De nota 'Met recht verantwoordelijk' staat in *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 664, nr. 2. In de nota staat overigens niets over de werking van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel ten opzichte van het ouderschap. Wel wordt aangegeven dat het vangnetbepalingen zijn (p. 5, 20, 23 en 59) en dat naast de algemene niet-strafrechtelijke bepaling 1.1a Wet milieubeheer, mogelijk ook meer specifieke bestuurs- én strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, gericht op een concrete groep geadresseerden, kunnen worden opgesteld (p. 58-59). Een onmiskenbare lans voor het strafrecht wordt daarmee echter niet gebroken.



naar aanleiding van het advies van de Raad van State inhoudende dat in de memorie van toelichting zou moeten worden toegelicht waarom art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 als economisch delict staat opgenomen in de Wet op de economische delicten.<sup>286</sup> In de nota waarnaar de Minister in de memorie van toelichting verwijst, lag zacht gezegd niet een bepaald uitgesproken nadruk op strafrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen. Hooguit kon daarin worden gelezen dat de strafrechtelijke weg een optie zou kunnen zijn<sup>287</sup> en dat alleen het openbaar Ministerie voordelen zag in het werken met vage strafrechtelijke bepalingen in de opsporingsfase.<sup>288</sup> Aldus kan de keuze voor het strafrecht niet bijzonder sterk onderbouwd, worden genoemd. Los daarvan lijkt in ieder geval de wijze waarop art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 is vormgegeven, te weten in de vorm van een zorgplichtbepaling, wel op een bewuste keuze te moeten berusten. De vraag is opnieuw of daarbij aandacht is besteed aan het materieel strafrechtelijk functioneren van het bestanddeel ‘zorg in acht nemen’.

#### *Materieelrechtelijke betekenis van de zorggedraging*

Art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 wordt door de wetgever diverse malen het sluitstuk genoemd van de regeling voor het ‘instandhoudingsbeheer’.<sup>289</sup> Bij wijze van ondergrens is ten behoeve van de bescherming van natuurwaarden in bepaalde gebieden in art. 19L van de Natuurbeschermingswet bepaald “*dat een ieder gehouden is de nodige zorg te betrachten teneinde de instandhouding van het gebied te verzekeren*”.<sup>290</sup> Met art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 zou volgens de wetgever “*onder andere kunnen worden opgetreden tegen onzorgvuldig handelen van derden in de onderhavige gebieden voorzover dit handelen niet uit hoofde van andere wettelijke bepalingen verboden is*”.<sup>291</sup> Daaronder valt bijvoorbeeld onzorgvuldig rookgedrag van wandelaars in een richtlijngebied dat toevallig door een periode van droogte extra kwetsbaar is.<sup>292</sup> Ook indien personen “*activiteiten wensen te ondernemen buiten die gebieden, zullen zij zich van geval tot geval dienen te vergewissen van de gevolgen die deze kunnen hebben voor de instandhouding van het gebied*”.<sup>293</sup> Van geadresseerden wordt verwacht dat zij nadenken over hun optreden en dat zij zich vooraf vergewissen van de gevolgen van hun optreden. Dat niet doen, zou strafrechtelijke schending van de zorgplichtbepaling

<sup>286</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. B, p. 11.

<sup>287</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 664, nr. 2, p. 59 en 62. Gewezen wordt daarbij immers op art. 1.1a Wet milieubeheer dat juist niet strafrechtelijk kan worden gehandhaafd.

<sup>288</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 664, nr. 2, p. 103 en 113. Bovendien wordt versplinterd over de 140 pagina's van de nota op slechts 14 pagina's over strafrecht gesproken. De beantwoording van de vraag waarom tevens voor een strafrechtelijke benadering is gekozen, lijkt met de enkele algemene verwijzing door de Minister naar de nota ‘Met recht verantwoordelijk’ niet afdoende te zijn, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 19.

<sup>289</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 12 en 19.

<sup>290</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>291</sup> *Idem*, p. 19. Gezien het ‘onder andere’ niet limitatief bedoeld.

<sup>292</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 19.

<sup>293</sup> *Idem*, p. 19.

kunnen opleveren voor zover het optreden niet reeds 'uit hoofde van andere wettelijke bepalingen verboden is'. Elders wordt eveneens opgemerkt dat het artikel een vangnet is voor gevallen waarin sprake is van "*kennelijk onzorgvuldig handelen waardoor de natuurwaarden [...] worden aangetast zonder dat een specifiek wettelijk voorschrift wordt overtreden*".<sup>294</sup> Het laatste stuk over andere wettelijke voorschriften vormt een interessante begrenzing van het bereik van de zorgplichtbepaling. Indien sprake is van wat in de wetsgeschiedenis wordt genoemd 'apert onzorgvuldig handelen' (het daarbij gegeven voorbeeld is 'onzorgvuldig rookgedrag van wandelaars en dergelijke') en voor die gedraging geen andere bepaling openstaat, zou worden vervolgd voor schending van art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet.<sup>295</sup> De wetgever neemt in dit verband een verschil waar tussen 'apert onzorgvuldig handelen' tegenover 'grove onzorgvuldigheid' en 'opzettelijk onjuist handelen'. Tegen de laatste twee zouden volgens de wetgever namelijk andere wegen openstaan die buiten het bestek van art. 19L Natuurbeschermingswet vallen.<sup>296</sup> Met de gekozen terminologie in de parlementaire geschiedenis lijkt de wetgever art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 de hoek van de culpoze delicten in te bewegen (de gedraging aanduiden als 'onzorgvuldig' wijst evenals bijvoorbeeld 'onachtzaam' of 'onoplettend' op het subjectieve bestanddeel culpa) terwijl dat niet aan de orde is zoals in het bovenstaande (paragraaf 5.3.2.2) al zichtbaar werd in het kader van de voorganger van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden: het zorgbestanddeel staat los van culpa. Dat de bijzondere milieuwetgever de gehele bepaling onder de noemer 'apert onzorgvuldig handelen' tracht te brengen, helpt het materiële strafrecht niet direct vooruit. Het zou geen kwaad kunnen als niet-strafrechtelijke bijzondere wetgevers daarop meer alert zouden zijn. Los van dat aldoende de kans wordt geboden dit punt in onderhavige paragraaf te herhalen, wordt in de wetsgeschiedenis over het daadwerkelijke materieelrechtelijke functioneren van art. 19L Natuurbeschermingswet, niets duidelijk.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

De wetgever weet voldoende duidelijk te maken dat de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin in art. 19L Natuurbeschermingswet als vangnet dient. Deze 'restbepaling' zou in de ogen van de wetgever alleen behoren te worden toegepast wanneer andere bepalingen niet geschonden zijn. Over de materieelrechtelijke inhoud van het zorgen in verhouding tot de strafrechtelijke gedra-

---

<sup>294</sup> Idem, p. 39. In de memorie van toelichting konden geen aanwijzingen worden gevonden die impliceerden dat de term 'handelen' een zeer gericht, eigen betekenis had. Vermoedelijk had in de plaats van het werkwoord 'handelen' evengoed 'optreden' of 'begaan' kunnen staan.

<sup>295</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 6, p. 31.

<sup>296</sup> Idem.

ging en het daarmee nauw samenhangende ouderschap is niets overwogen.

### **5.3.2.8.3 Verhouding tussen art. 19L Natuurbeschermingswet 1998, art. 3 Wet bescherming Antarctica en 1.1a Wet milieubeheer**

In de voorgaande paragraaf stond art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 centraal. Daarin kwam naar voren dat de bepaling is geïnspireerd op art. 1.1a Wet milieubeheer. Art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 is niet de enige bepaling die is gevormd naar het model van art. 1.1a Wet milieubeheer. Ook art. 3 Wet bescherming Antarctica is daarop gebaseerd. De drie bepalingen vertonen onderling dan ook dermate grote overeenkomsten dat ze in deze paragraaf nader onder de loep moeten worden genomen.

#### *Overeenkomsten*

De bepalingen hebben ten eerste overeenkomstig dat het een soort 'rest'- of 'vangnet'-bepalingen zijn. In de wetsgeschiedenis van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 en art. 3 Wet bescherming Antarctica is dan ook te lezen dat de bepalingen – zoals het een restcategorie wellicht betaamt – alleen van toepassing zouden zijn als geen specifieke wettelijke bepalingen geschonden zijn.<sup>297</sup> Een tweede overeenkomst houdt verband met de geadresseerde. Bij alledrie staat in het eerste lid dat 'een ieder' een bepaalde mate van zorg in acht moet nemen. Daarnaast kennen de bepalingen een tweede lid dat de betekenis van de zorg uit het eerste lid toelicht. Voorts valt op dat art. 19L Natuurbeschermingswet en art. 3 Wet bescherming Antarctica beide grotendeels zijn geïnspireerd door art. 1.1a Wet milieubeheer. De vijfde gelijkheid betreft de inkleuring van de zorg. Er is geen sprake van een blote, op zichzelf staande zorg. De zorg moet 'voldoende' of 'zoveel mogelijk' zijn. De laatste voor onderhavig onderzoek interessante overeenkomst betreft de ogenschijnlijke beperktheid tot handelingen die achterwege hadden moeten worden gelaten. Het gaat bij geen van de drie bepalingen om een verplichting tot het alsnog verrichten van gedragingen die waren nagelaten.

#### *Verschillen*

De verschillen tussen de drie bepalingen zijn de volgende. Art. 1.1a Wet milieubeheer is niet strafrechtelijk handhaafbaar. Art. 1.1a Wet milieubeheer diende als inspiratie voor de andere twee bepalingen die wel tot het strafrechtelijk domein behoren. Opmerkelijk daaraan is dat één van de aanbevelingen uit het Advies van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer inhield dat art. 1.1a Wet milieubeheer terecht buiten het strafrecht staat en daarin geen verandering mag komen.<sup>298</sup> Een ander verschil is dat in art. 3 Wet bescherming Antarctica niet de zinsnede 'in ieder geval' in het tweede lid is neergelegd. Voorts staat in het eerste lid van arti-

<sup>297</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 13 (Wet bescherming Antarctica) en *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 19 (Natuurbeschermingswet 1998).

<sup>298</sup> Advies van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool*, Den Haag 2001, p. 7.

kel 3 van de Wet bescherming Antarctica een andere zorg opgenomen, namelijk 'zoveel mogelijk zorg' en niet, zoals in art. 1.1a Wet milieubeheer en 19L Natuurbeschermingswet 1998, 'voldoende zorg'. Weer een ander verschil is dat art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 geen derde lid kent. Dat derde lid ziet in de andere twee bepalingen op het onverlet laten van uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheden.

	Art. 3 WbA	Art. 19L Nbw	Art. 1.1a Wmb
'in ieder geval'	-	X	X
'voldoende zorg'	-	X	X
'zoveel mogelijk zorg'	X	-	-
strafrechtelijk handhaafbaar	X	X	-

Niet alle verschillen laten bij inslag een even grote krater achter. Ten aanzien van drie aspecten zal de betekenis worden onderzocht. Ten eerste betreft dat de zinsnede 'in ieder geval,' ten tweede de beperktheid tot actieve gedragingen en ten derde de mate van zorg. Daarbij past de waarschuwing vooraf dat door de niet strafrechtelijke leest waarop art. 1.1a Wet milieubeheer is geschoeid, de vergelijking deels mank zal gaan. Aangezien art. 1.1a Wet milieubeheer in verband met het niet-strafrechtelijke gehalte in het voorgaande niet is besproken, zullen voor de volledigheid op basis van de wetsgeschiedenis van deze bepaling enige opmerkingen worden gemaakt, voordat aan de bespreking van de opmerkelijkste aspecten van de drie artikelen wordt toegekomen.

#### *Korte achtergrond art. 1.1a Wet milieubeheer*

Art. 1.1a Wet milieubeheer luidt als volgt.

*"1. Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht.*

*2. De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.*

*3. Het bepaalde in het eerste en tweede lid laat onverlet de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid en de mogelijkheid van rechtspersonen als bedoeld in artikel 1, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, om uit dien hoofde in rechte op te treden."*

Artikel 1.1a is in de Wet milieubeheer ingevoerd als codificatie van de eigen verantwoordelijkheid van een ieder voor een schoon milieu.<sup>299</sup> Art. 1.1a Wet milieubeheer

<sup>299</sup> *Kamerstukken II, 1992/93, 21 246, nr. 26, p. 1-2.*

beheer moest niet strafrechtelijk maar civielrechtelijk worden gehandhaafd.<sup>300</sup> Over de bestuursrechtelijke handhaving werd niets gezegd.<sup>301</sup> De bepaling zou van toepassing zijn in gevallen waarin specifiek omschreven milieuvoorschriften niet werden overschreden maar waarin de betrokkene wel een verwijt zou kunnen worden gemaakt. Ook die persoon zou moeten kunnen worden aangesproken en daarom zou opnemning van een algemene niet-strafrechtelijke zorgplicht in de Wet milieubeheer noodzakelijk zijn geweest.<sup>302</sup> Betrokkene zou in die gevallen volgens de wetgever het verwijt worden gemaakt dat, hoewel *niet specifieke milieuvoorschriften schendend*, hij zich toch 'maatschappelijk onbetamelijk heeft gedragen'.<sup>303</sup> Het zal niemand ontgaan dat vergelijkbare afwegingen ook naar voren kwamen in de eerdere paragrafen betreffende art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 en art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica. Ook die twee bepalingen zouden moeten worden toegepast 'voorzover geen andere bepaling was geschonden'. Een fundamenteel verschil is echter dat de wetgever het bij art. 1.1a Wet milieubeheer niet over het strafrecht had. Is dat cruciale punt nu werkelijk aan de aandacht van de kopiërende wetgevers van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Wet bescherming Antarctica ontsnapt? Daar lijkt het wel op. Maar aangezien de teerling al is geworpen, moet verder worden gezocht naar aanwijzingen omtrent de inhoud van het materieel strafrechtelijke zorgen. In de wetgeschiedenis van art. 1.1a Wet milieubeheer staat verder niets vermeld over de inhoudelijke werking en invulling van de bepaling. Art. 1.1a Wet milieubeheer heeft dan ook voornamelijk symbolische waarde. Van belang voor onderhavig onderzoek is het nu te achterhalen of ten eerste het 'in ieder geval' in de aanvullende leden van de bepalingen van betekenis is, en ten tweede wat de termen 'voldoende' en 'zoveel mogelijk' voor rol spelen bij het bepalen van de verlangde zorg.

#### *Tweede lid zorgplichtbepaling: wel/geen 'in ieder geval'?*

In het tweede lid wordt volgens de wetgever de in acht te nemen zorg 'verduidelijkt'.<sup>304</sup> In art. 3 Wet bescherming Antarctica staat niet in het tweede lid de zinsnede 'in ieder geval' opgenomen. In de andere twee bepalingen staat het wel: 'De zorg, bedoeld in het eerste lid, *houdt in ieder geval in dat et cetera*'. Het bestanddeel 'in ieder geval' zou kunnen betekenen 'ten minste' of 'kan onder meer inhouden'. In de betekenis van 'ten minste' zou de zinsnede 'in ieder geval' de ondergrens aanduiden van de zorg uit het eerste lid. De zorg zou dan op zijn minst moeten inhouden wat in het tweede lid staat uitgelegd. Aangezien de zinsnede volgens de wetgever echter ter verduidelijking en niet ter beperking is bedoeld, lijkt het 'in ieder geval' in de onderhavige context van de zorgplichtbepalingen veeleer

<sup>300</sup> *Kamerstukken II*, 1992/93, 21 246, nr. 37, p. 3.

<sup>301</sup> Advies van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool*, Den Haag 2001, p. 29 en 31.

<sup>302</sup> *Kamerstukken II*, 1992/93, 21 246, nr. 26, p. 1-2 en *Kamerstukken II*, 1992/93, 21 246, nr. 37, p. 3.

<sup>303</sup> *Kamerstukken II*, 1992/93, 21 246, nr. 37, p. 3.

<sup>304</sup> *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 211, nr. 3, p. 28.

de betekenis te moeten hebben van 'kan onder meer inhouden' en niet de ondergrens te moeten vormen van het bestanddeel 'zorg'. In deze opvatting geeft het tweede lid een mogelijke betekenis aan het zorg in acht nemen uit het eerste lid. Andere – ruimere – invullingen van het 'zorg'-bestanddeel lijken daardoor nadrukkelijk *niet* te zijn uitgesloten. De uitleg van zorg in het tweede lid is wel de meest voorkomende en voor de hand liggende.<sup>305</sup> Dat de 'in ieder geval'-zinsnede niet in art. 3 Wet bescherming Antarctica is opgenomen, lijkt, zoals gezegd (zie paragraaf 5.3.2.7), zonder bijbedoeling te hebben plaatsgevonden. Sterker nog, het lijkt geheel onbewust te zijn gebeurd. Grond voor dat vermoeden wordt ten eerste gevonden in het feit dat op het tweede lid van art. 3 Wet bescherming Antarctica geen toelichting is gegeven. En ten tweede is de bepaling gebaseerd op art. 1.1a Wet milieubeheer, waarin de zinsnede juist wél staat opgenomen. De vraag of bij het ontbreken van indicaties van het tegendeel, zodoende mag worden aangenomen dat in art. 3 lid 2 Wet bescherming Antarctica, ook de woordcombinatie 'in ieder geval' behoorde te worden opgenomen, lijkt bevestigend te moeten worden beantwoord. De kwestie of het ontbreken van de woorden 'in ieder geval' in het tweede lid, gevolgen zou kunnen hebben voor het bereik van lid 2 doet zich daarom niet voor. Er staat nu weliswaar 'het zorgen houdt in' en niet 'het zorgen houdt *in ieder geval in*', zodat strikt grammaticale interpretatie, zou betekenen dat voor alternatieve (van het tweede lid afwijkende) invullingen van het zorgen van art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica geen ruimte zou bestaan. Maar dat is niet aan de orde omdat art. 3 Wet bescherming Antarctica is ontleend aan art. 1.1a Wet milieubeheer waarin het tweede lid de functie bekleedt de meest voorkomende 'zorg' aan te duiden en daarbij ruimte open te laten voor nog andere invullingen van het zorgen. Diezelfde betekenis heeft lid 2 van art. 3 Wet bescherming Antarctica.

*Tweede lid zorgplichtbepaling: alle drie beperkt tot actieve gedragingen?*

In de wetsgeschiedenis van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 is vanuit het parlement de vraag opgekomen waarom in het tweede lid *"de verplichting ontbreekt om een nagelaten handeling alsnog te verrichten"*.<sup>306</sup> De vraag is niet toegelicht zodat onduidelijk is waarom de vraag wordt opgeworpen. Vermoedelijk had het tweede lid met deze aanvulling als volgt kunnen komen te luiden.

*"2. De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten, gelet op de instandhoudingsdoelstelling, voor zover het een Natura 2000-gebied betreft dan wel gelet op de wezenlijke kenmerken van een gebied, aangewezen op grond van artikel 10, eerste lid, nadelige gevolgen voor het gebied, bedoeld in het eerste lid, kunnen*

---

<sup>305</sup> Het is enerzijds een tamelijk vanzelfsprekende standaard uitleg waarvan daardoor met de wetgever kan worden gezegd dat die inderdaad duidelijk is. Maar anderzijds is het tweede lid tegelijkertijd weinig concreet en daardoor van niet veel toegevoegde waarde.

<sup>306</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 5, p. 25.

*worden veroorzaakt, verplicht is een nagelaten handeling alsnog te verrichten of dergelijke handelingen achterwege te laten, dan wel, indien dat achterwege laten of alsnog verrichten redelijkerwijs niet kan worden gevergd, alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voorzover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken".* (Toegevoegde, gedecursiveerde tekst van mijn hand – BK)

Wat opvalt is dat de formulering overeenkomt met de mogelijk door de rechter op te leggen maatregel in art. 8 WED. De in het parlement gerezen vraag is evenwel onbeantwoord gebleven en daartegen lijkt niemand zich te hebben verzet.<sup>307</sup> Het toelichtende tweede lid van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 betreft evenwel geen ondergrens maar een weergave van de meest voorkomende zorg die in acht hoort te worden genomen. Dat houdt in dat de zorg ook op andere manieren kan worden betracht. Daarom is het geen probleem dat in het tweede lid de verplichting ontbreekt een nagelaten handeling alsnog te verrichten. Die mogelijkheid is immers in het geheel niet uitgesloten in het verduidelijkende tweede lid.

*Eerste lid zorgplichtbepaling: 'voldoende' of 'zoveel mogelijk' zorg?*

Een verschil tussen art. 19L Natuurbeschermingswet 1998, art. 3 Wet bescherming Antarctica en 1.1a Wet milieubeheer dat in het oog springt, is de aanduiding in het eerste lid van de in acht te nemen zorg. In de Wet bescherming Antarctica staat dat 'zoveel mogelijk' zorg moet worden in acht genomen. Daarentegen staat in de Wet milieubeheer en de Natuurbeschermingswet 1998 dat 'voldoende' zorg in acht moet worden genomen. In de wetsgeschiedenis van de drie bepalingen wordt over deze bestanddelen en eventuele bijbehorende verschillen niets opgemerkt. Letterlijke lezing leidt er wellicht toe dat van de persoon die zoveel moet zorgen als mogelijk is, meer wordt verwacht dan van de persoon die voldoende moet zorgen. Voortdurend zal deze geadresseerde alle zorg moeten in acht nemen die in acht kan worden genomen. Zodra op enig moment niet 'zoveel mogelijk' is gezorgd, ontstaat de ongewenste situatie waartegen strafrechtelijk kan worden opgetreden. Op hetzelfde moment zou vanuit tegengesteld perspectief evengoed kunnen worden gezegd dat juist op degene die 'voldoende' zorg in acht moet nemen een grotere last rust. Voldoende zorg zou namelijk ook kunnen inhouden dat alle zorg wordt betracht die noodzakelijk (toereikend voor het resultaat) is om de zorgplichtschending te voorkomen, terwijl in deze alternatieve lezing 'zoveel mogelijk zorg' zou kunnen duiden op (slechts) de inspanning te proberen te zorgen en dat het kan gebeuren dat ondanks het in acht nemen van zoveel mogelijk zorg de – blijkens de bepaling – ongewenste situatie toch intreedt. De vraag rijst of het op deze wijze oprekken van termen bijzonder zinvol

<sup>307</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 5, p. 25 en *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 6, p. 31.

is, temeer daar het vermoeden bestaat dat met beide verschillend geformuleerde bestanddelen eigenlijk hetzelfde is bedoeld (waren de bepalingen immers niet aan elkaar ontleend en op elkaar geïnspireerd?). Daarbij komt dat deze bestanddelen, naast de voorgaande tegengestelde standpunten waarvoor in gelijke mate iets te zeggen valt, als derde alternatieve interpretatie ook nog daadwerkelijk dezelfde betekenis zouden kunnen hebben. Ondanks dat bijvoorbeeld grammaticale uitleg dus zou kunnen leiden tot de conclusie dat van degene die 'zoveel mogelijk' zorg in acht moet nemen, meer wordt verwacht dan van degene die 'voldoende' zorg in acht moet nemen, lijkt hier toch – conform bovenstaande alinea met betrekking tot het 'in ieder geval'-bestanddeel – te moeten gelden dat, indachtig het ten eerste ontbreken van een verklaring voor het verschil in de wetsgeschiedenis en ten tweede het geïnspireerd zijn door art. 1.1a Wet milieubeheer waarin niet 'zoveel mogelijk' maar 'voldoende' staat, het onderscheid tussen 'voldoende' en 'zoveel mogelijk' in de hier aan de orde zijnde drie bepalingen zonder daadwerkelijke betekenis is. Hoeveel recht deze uitkomst ook doet aan het poldermodel, daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag waar het om draait: wat betekent een adjectief als 'voldoende' voor het ouderschap dat wordt gebaseerd op een zorggedraging? In de wetsgeschiedenissen van de zojuist besproken bepalingen zal vruchteloos worden gezocht naar een antwoord. Hopelijk bieden de verscheidene achtergronden van andere bepalingen uit andere bijzondere rechtsgebieden wel antwoorden.

*Tussenstand 'in ieder geval', 'beperking tot actieve gedraging' en 'voldoende / zoveel mogelijk' zorg*

In voorliggende paragraaf is een aantal aspecten bekeken van art. 3 Wet bescherming Antarctica, art. 1.1a Wet milieubeheer en art. 19L Natuurbeschermingswet 1998. Deze bepalingen vertonen namelijk bijzondere overeenkomsten. Juist wegens die overeenkomsten moest ook worden gekeken naar de verschillen. Er zijn drie aspecten nader bestudeerd. Het eerste bestudeerde verschil was dat art. 3 Wet bescherming Antarctica evenals art. 1.1a Wet milieubeheer en art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 weliswaar over een verduidelikend bedoeld tweede lid beschikt, maar dat lid (deels) af wijkt van de redactie die art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 en art. 1.1a Wet bodembescherming wel kennen. In art. 3 lid 2 Wet bescherming Antarctica is namelijk, anders dan in de andere twee bepalingen, niet de zinsnede 'in ieder geval' verwerkt. Dat zou kunnen betekenen dat de zorg uit het eerste lid van art. 3 Wet bescherming Antarctica is beperkt tot *uitsluitend* de in het tweede lid gegeven toelichting. In het bovenstaande is evenwel getoond dat die betekenis daaraan niet moet worden gegeven omdat de woordcombinatie 'in ieder geval' wel deel had moeten uitmaken van de bepaling. In dat licht kan worden verondersteld dat ook de bepaling uit de Wet bescherming Antarctica dezelfde ruimte biedt als die wordt geboden door de corresponderende bepalingen in de Natuurbeschermingswet 1998 en de Wet milieubeheer: de zorg uit het eerste lid behelst onder meer de in het tweede lid gegeven uitwerking, maar kan meer omvatten. Deze niet gelimiteerde werking van lid 2 is van



belang voor het tweede besproken aspect. De drie tweede leden lijken naar de letter te zijn beperkt tot het achterwege laten van handelingen waardoor nadelige gevolgen voor het natuurgebied kunnen ontstaan. Gezien de illustratieve en daarmee niet limitatieve positie die het tweede lid bekleedt, worden door de tweede leden niet uitgesloten 'het alsnog verrichten van gedragingen die onterecht achterwege werden gelaten'. Het derde aspect had betrekking op de inkleuring van het zorgen door de woorden 'voldoende' respectievelijk 'zoveel mogelijk'. Deze termen kunnen weliswaar op zeer uiteenlopende en tegenstrijdige wijzen worden geïnterpreteerd, maar lijken in de kern hetzelfde te betekenen. Daarmee is de onderlinge verhouding duidelijk, maar is nog niet gevonden wat de consequentie ervan is voor het 'zorgen'. De drie wetsgeschiedenissen bieden op dit punt evenwel geen concreet uitgekauwde oplossing. Dat is op zichzelf een indicatie dat de termen 'voldoende' en 'zoveel mogelijk' geen bijzondere kleur aan de mate van zorgen geven. Als de onderzochte bijvoeglijke naamwoorden immers daadwerkelijk een belangrijke inkleuring van de zorggedraging hadden behelst, dan was het in de diverse totstandkomingsgeschiedenissen op dit onderdeel niet zo muisstil gebleven. Het is aangewezen dit vermoeden te toetsen aan de achtergronden van andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Die zullen hierna worden uitgediept.

### 5.3.2.9 Tussenstand wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in milieurecht

In het bovenstaande is gekeken naar wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin in het milieurecht. Het ging om *wettelijke* bepalingen, zodat voorschriften uit lagere regelgeving buiten beschouwing zijn gebleven. Het ging om bepalingen waarin het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) staat opgenomen als gedragsingsbestanddeel.

Ontdekt is dat mogelijk het niet zorgen zou kunnen worden ingevuld op basis van niet genomen maatregelen of niet optreden. Zodra een door de wetgever ongewenste situatie zich aandient, lijkt het zo te kunnen zijn dat direct sprake is van strafrechtelijk daderschap. Aanwijzingen dat die bijzondere daderschapsconstructie zich mogelijk voordoet bij bepalingen waarin het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel is opgenomen, werden voorzichtig gevonden bij de bespreking van de wetsgeschiedenis van art. 1a Woningwet. Belangrijker is dat daarnaast tegelijkertijd geen indicaties zijn gevonden op basis waarvan zou moeten worden rekening gehouden met een andere uitleg.

Wat voorts bij zorgplichtbepalingen in milieuwetgeving opviel, is dat de keuze voor het strafbaar stellen middels een delictsgedraging in de vorm van 'zorgen,' soms is ingegeven vanuit Europa, maar veelal zonder onderbouwing is geschied. Regelmatig had men het bestuursrecht op het oog en is eenvoudigweg niet stilgestaan bij het strafrecht. Uit de totstandkomingsgeschiedenis in dergelijke gevallen blijkt vervolgens niets omtrent enige bewustheid van de consequenties daarvan.

Het zijn nu net die consequenties die niet zonder gewicht lijken te zijn: de vraag is immers of het ouderschap bij dergelijke bepalingen niet juist heel bijzonder is.

Tot slot kan worden gewezen op bepalingen waarin de mate van zorg in een tweede lid is uitgewerkt. Dergelijke toelichtingen zouden moeten worden opgevat als niet limitatief bedoelde suggesties behelzende welke gevallen onder meer onder de 'zorg' uit het eerste lid vallen. Daarmee worden andere invullingen van zorg niet uitgesloten. Hoewel aldus duidelijk is geworden hoe dergelijke tweede leden moeten worden opgevat, is over de materieelrechtelijk werking niet veel meer opgehelderd. Het is daarom aangewezen dat verder wordt gezocht naar de achtergronden van bijzondere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin en wel die in het arbeidsrecht.

### **5.3.3 Zorgplichtbepalingen en arbeid gerelateerde wetgeving**

Arbeidsrechtelijke zorgplichtbepalingen zijn van oudere datum dan de bepalingen uit het relatief jonge financieelrecht en milieurecht zijn. Tot op zekere hoogte zouden de in voorliggende paragraaf te behandelen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin daarom kunnen worden beschouwd als voorlopers van de in het bovenstaande besproken nieuwere bepalingen. Voorzover in de recentere bepalingen zonder al te veel onderbouwing inderdaad in essentie is aangehaakt bij de oudere versies, valt het te bezien of die oudere versies dan wellicht tekst en uitleg kunnen geven omtrent de materieelrechtelijke werking van het zorgen. Belangrijke vragen in dat verband zien op of het zorgen een gedraging in traditionele zin is en hoe bij zorgplichtbepalingen het ouderschap totstandkomt. De nadruk zal in deze paragraaf liggen op de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet. Veel meer aan arbeidsrechtelijke regelgeving dan die twee staat ook niet in de Wet op de economische delicten genoemd. Op de zorgplichtbepalingen in deze twee wetten zal daarom in de volgende paragraaf worden ingegaan. Het gaat in deze paragraaf om art. 3 lid 1 en 3, art. 8 lid 1, 2 en 3, art. 11 en art. 19 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet en art. 3:2 lid 1, art. 3:4 en 5:15 Arbeidstijdenwet.

#### **5.3.3.1 Zorgplichtbepalingen in de Arbeidsomstandighedenwet**

Eén van de belangrijkste publiekrechtelijke regelingen die arbeid gerelateerd is, betreft de Arbeidsomstandighedenwet. Aan deze meer overkoepelende wet bestond kennelijk behoefte. De Veiligheidswet 1934 kende bijvoorbeeld per sector verschillende algemene maatregelen van bestuur. Dat resulteerde in: *"enerzijds een zekere mate van rechtsonzekerheid, anderzijds een versnippering van wetgeving, welke de doorzichtigheid van de van toepassing zijnde voorschriften niet ten goede"* kwam.<sup>308</sup> Voorts wilde men bescherming van arbeid over de volle breedte en niet slechts op het gebied van veiligheid.<sup>309</sup> De tijd drong in de jaren zeventig

---

<sup>308</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 3.

<sup>309</sup> *Idem*, p. 1.

*“naar een structurele verandering waarbij de gehele materie een eigentijdse vorm wordt gegeven”.*<sup>310</sup> Niet alles werd vernieuwd. Bepaalde aspecten en hun betekenis bleven overeind. Van bijvoorbeeld het gebruik van zorgplichtbepalingen werd geen afscheid genomen (zie nader paragraaf 5.3.3.1.6). Sterker, zorgplichtbepalingen namen juist in aantal toe. De vraag is voorshands welke rol daarbinnen voor het strafrecht in de hedendaagse Arbeidsomstandighedenwet is weggelegd.

#### **5.3.3.1.1 Afwijkende strafbaarstelling van zorgplichtbepalingen in enge zin**

Een aantal artikelen uit de Arbeidsomstandighedenwet is opgenomen in de Wet op de economische delicten. Onder meer bijvoorbeeld art. 32 Arbowet. Opvallend daaraan is dat die bepaling ook zonder de Wet op de economische delicten al een strafbaar feit is, aangezien het als zodanig wordt aangeduid in de arbeidsomstandighedenwet. Dat lijkt misschien een beetje dubbelop, maar opneming in de Wet op de economische delicten opent de deur naar toepassing van de daarin geregelde procesrechtelijke bevoegdheden en is in dat licht dus begrijpelijk. Art. 32 Arbowet is geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de hier voorgestane enge zin. Het eerste lid luidt immers *“Het is de werkgever verboden handelingen te verrichten of na te laten in strijd met deze wet [...]”*. Daarin staat niet het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel opgenomen. Dit laatste geldt evenzeer voor bijvoorbeeld art. 6 Arbowet dat weliswaar eveneens strafrechtelijk kan worden gehandhaafd, maar waarin het gaat om het nemen van maatregelen en niet om een zorggedraging.

*Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin strafbaar gesteld met een omweg*

Een voorbeeld van een artikel dat als zorgplichtbepaling kwalificeert, is art. 11 Arbowet. Punt is echter dat deze bepaling niet in de Wet op de economische delicten is opgenomen en evenmin in de Arbeidsomstandighedenwet zelf is aange-merkt als strafbaar feit. In de Wet op de economische delicten is wel art. 33 lid 3 Arbowet tot economisch delict uitgeroepen. Dit derde lid grijpt weer terug op lid 1 van art. 33 Arbowet. Daarin is uiteengezet dat art. 11 Arbowet geen strafbaar feit, maar een bestuursrechtelijke overtreding is. Schending van art. 11 Arbowet kan echter een strafbaar feit zijn indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van de bestuursrechtelijke overtreding voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een bestuursrechtelijke overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden. In dat kader zou een artikel als art. 11 Arbowet onder omstandigheden tot op zekere hoogte als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin kunnen worden gezien. Dezelfde constructie middels art. 33 lid 3 juncto lid 1 Arbowet doet zich voor bij andere zorgplichtbepalingen in de Arbeidsomstandighedenwet, te weten ten aanzien van art. 3 eerste en derde lid, 8 eerste tot

<sup>310</sup> Idem, p. 3.

en met derde lid, 11 en 19 tweede lid Arbowet.

*Opmerkelijke vormgeving art. 33 lid 1 en 3 Arbowet tegenover art. 1 onder 3 WED: 'handeling of nalaten'?*

Opvallend is de voor de Wet op de economische delicten vrij ongebruikelijke redactie ten aanzien van art. 33 lid 3 Arbeidsomstandighedenwet. In art. 1 onder 3 WED staat namelijk na de reguliere opsomming van artikelen uit de Arbeidsomstandighedenwet *"en de handeling of het nalaten, bedoeld in art. 33, derde lid [...]"*. De benadrukking van de handeling of het nalaten is bepaald niet standaard in de Wet op de economische delicten. Daarmee gepaard gaand, valt op dat ook in het eerste lid van art. 33 Arbowet voor wat betreft de toen zogenaamde 'beboetbare feiten' eveneens een tijd is gesproken van 'de handeling of het nalaten' in strijd met onder meer art. 11 Arbowet. Daarin is verandering gekomen met de inwerkingtreding per 1 juli 2009 van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht.<sup>311</sup> Sindsdien wordt – voor dit onderzoek minder interessant – niet meer gesproken van beboetbare feiten maar van (bestuursrechtelijke) overtredingen.<sup>312</sup> Een stuk belangrijker is dat art. 33 lid 1 Arbowet niet meer de aanhef kent 'Als beboetbaar feit wordt aangemerkt *de handeling of het nalaten* in strijd met' maar dat de aanhef luidt 'Als overtreding wordt aangemerkt het *niet naleven van*'.<sup>313</sup> Dat is in lijn met lid 3 van art. 33 Arbowet waarin al stond 'het niet naleven van een wettelijke verplichting'. In de Arbeidsomstandighedenwet zelf komt zodoende de beperking tot de handeling of het nalaten tegenwoordig niet meer voor. De Wet op de economische delicten is op dat onderdeel echter ongewijzigd gebleven. Art. 1 onder 3 WED luidt momenteel: "[...] *de Arbeidsomstandighedenwet, de artikelen 6, eerste lid, eerste volzin, 10, 28, zesde lid, 32 en de handeling of het nalaten, bedoeld in artikel 33, derde lid alsmede– voorzover aangewezen als strafbare feiten – de artikelen 6, eerste lid, tweede volzin, en 16, tiende lid*".

*Bewuste keuze voor zinsnede 'handeling of nalaten'?*

De vraag rijst nu of, en zo ja waarom, op enig moment bewust is gekozen voor de zinsnede van 'de handeling of het nalaten'. Een nog belangrijkere vraag die daarmee samenhangt is of deze formulering inhoudt dat een bepaling als art. 11 Arbowet vanuit strafrechtelijk oogpunt slechts kan worden begaan door een traditionele gedraging in de zin van een doen of laten? Voor wat betreft de keuze in de Wet op de economische delicten te spreken van 'de handeling of het nalaten' kan in de memorie van toelichting van de Arbeidsomstandighedenwet niets worden gevonden.<sup>314</sup> Hetzelfde geldt voor de verdere wetsgeschiedenis. In de stukken van de totstandkoming van de Arbeidsomstandighedenwet zelf, ziet men namelijk evenmin ergens de keuze voor 'de handeling of het nalaten' toegelicht.<sup>315</sup> Welke

---

<sup>311</sup> Wet van 25 juni 2009, *Stb.* 2009, 264 en 265. In werking per 1 juli 2009, *Stb.* 2009, 266.

<sup>312</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 24-25.

<sup>313</sup> Wet van 25 juni 2009, *Stb.* 2009, 265, p. 70.

<sup>314</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 54-55.

<sup>315</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 1 e.v.

betekenis zou nu aan deze zinsnede moeten worden toegekend? Het lijkt aanneemelijk dat de kwestie relatief simpel kan worden opgelost door te veronderstellen dat niets bijzonders is beoogd met 'de handeling of het nalaten' in de strafbaarstelling en dat de wetgever de zinsnede bedoelde als synoniem van 'schenden' of 'overtreden'. Steun voor deze opvatting kan worden gevonden in de hierboven al aangestipte wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet die met de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht gepaard ging. De aanhef van art. 33 lid 1 Arbowet is toen immers veranderd in 'de niet naleving van' et cetera. Bovendien richt de Wet op de economische delicten zich in dit onderdeel specifiek op dat derde lid van art. 33 Arbowet dat dus juist zelf op dit onderdeel is gewijzigd. In dit opzicht corresponderen de twee artikelen ook al niet meer met elkaar aangezien art. 1 onder 3 WED duidt op 'de handeling of het nalaten *bedoeld in artikel 33, derde lid*' terwijl in het derde lid die zinsnede in het geheel niet voorkwam. Het ligt in de verwachting dat de bepaling uit de Wet op de economische delicten te zijner tijd in lijn zal worden gebracht met art. 33 lid 1 en 3 Arbowet zodra duidelijk wordt dat die over het hoofd is gezien.<sup>316</sup>

*Slotsom: opmerkelijke vormgeving art. 1 onder 3 WED ten opzichte van art. 33 Arbowet irrelevant*

Het lijkt logisch te veronderstellen dat aan de nu nog in art. 1 onder 3 WED resterende 'de handeling of het nalaten' in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet geen bijzondere effecten mogen worden toegekend. Te meer omdat die zinsnede zich expliciet richt op het derde lid van art. 33 Arbowet waarin nu juist die beperkende tekst niet voorkomt. De in onderhavig onderzoek voorgestane materieel strafrechtelijke werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen wordt zodoende verondersteld niet uitgesloten te zijn voor de Arbeidsomstandighedenwet. Daardoor is bespreking van de achtergronden van art. 3 eerste en derde lid, 8 eerste tot en met derde lid, 11 en 19 tweede lid Arbowet aangewezen. Gezocht zal wederom worden naar de keuze voor strafbaarstelling en de betekenis van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel. De bespreking van de verschillende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin volgt hetzelfde stramien als ten aanzien van de reeds besproken bepalingen is aangehouden. Eerst wordt de bepaling en de strafbaarstelling weergegeven. Daarna volgt een bespreking van (i) de strafbepaling, toegespitst op sanctie, misdrijf/overtreding, geadresseerde en gedraging, (ii) opmerkelijkheden van de bepaling, (iii) de zorggedraging in de wetsgeschiedenis, (iv) recente jurisprudentie en (v) de tussenstand van de zoektocht aan de hand van de meest recent onderzocht bepaling.

<sup>316</sup> In de wetsgeschiedenis van de Vierde tranche is namelijk evenmin een indicatie vindbaar die zou kunnen duiden op een bewuste keuze voor de instandhouding van art. 1 onder 3 WED in de huidige vorm voor wat betreft het onderdeel dat ziet op de Arbeidsomstandighedenwet, terwijl dus wel art. 33 lid 3 Arbowet werd gewijzigd.

**5.3.3.1.2 Art. 3 lid 1 en 3 Arbeidsomstandighedenwet – ‘zorgt voor’**

Art. 3 lid 1 en 3 Arbowet luiden als volgt. “1. De werkgever zorgt voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten en voert daartoe een beleid dat is gericht op zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden, waarbij hij, gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening, het volgende in acht neemt:

a. tenzij dit redelijkerwijs niet kan worden gevergd organiseert de werkgever de arbeid zodanig dat daarvan geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer;

b. tenzij dit redelijkerwijs niet kan worden gevergd worden de gevaren en risico's voor de veiligheid of de gezondheid van de werknemer zoveel mogelijk in eerste aanleg bij de bron daarvan voorkomen of beperkt; naar de mate waarin dergelijke gevaren en risico's niet bij de bron kunnen worden voorkomen of beperkt, worden daartoe andere doeltreffende maatregelen getroffen waarbij maatregelen gericht op collectieve bescherming voorrang hebben boven maatregelen gericht op individuele bescherming; slechts indien redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat maatregelen worden getroffen die zijn gericht op individuele bescherming, worden doeltreffende en passende persoonlijke beschermingsmiddelen aan de werknemer ter beschikking gesteld;

c. de inrichting van de arbeidsplaatsen, de werkmethoden en de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen alsmede de arbeidsinhoud worden zoveel als redelijkerwijs kan worden gevergd aan de persoonlijke eigenschappen van werknemers aangepast;

d. monotone en tempogebonden arbeid wordt, zoveel als redelijkerwijs kan worden gevergd, vermeden dan wel, indien dat niet mogelijk is, beperkt;

e. doeltreffende maatregelen worden getroffen op het gebied van de eerste hulp bij ongevallen, de brandbestrijding en de evacuatie van werknemers en andere aanwezige personen, en doeltreffende verbindingen worden onderhouden met de desbetreffende externe hulpverleningsorganisaties;

f. elke werknemer moet bij ernstig en onmiddellijk gevaar voor zijn eigen veiligheid of die van anderen, rekening houdend met zijn technische kennis en middelen, de nodige passende maatregelen kunnen nemen om de gevolgen van een dergelijk gevaar te voorkomen, waarbij artikel 29, eerste lid, derde zin, van overeenkomstige toepassing is.[...]

3. Ter uitvoering van het eerste lid draagt de werkgever zorg voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de bij de werkgever werkzame personen, waarbij hij rekening houdt met de bekwaamheden van de werknemers.”

Art. 33 lid 1, 3 en 5 Arbowet luiden als volgt. “1. Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen 3, 4, eerste lid, 5, 8, 9, eerste en tweede lid, 11, 13, eerste tot en met vierde lid, negende en tiende lid, 14, eerste, tweede en zevende lid, 14a, tweede, derde en vierde lid, 15, eerste en derde lid, 18 en 19. Ter zake van de overtredingen, bedoeld in de vorige zin, kan een bestuurlijke boete worden opgelegd

van de eerste categorie. [...]

3. Een overtreding als bedoeld in het eerste of tweede lid wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van die overtreding voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke bepaling een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden. [...]

5. Het strafbaar feit, bedoeld in het derde lid, is een overtreding in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de economische delicten."

Art. 1 onder 3 WED luidt als volgt. "Economische delicten zijn: [...] 3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Arbeidsomstandighedenwet, de artikelen 6, eerste lid, eerste volzin, 10, 28, zesde lid, 32 en de handeling of het nalaten, bedoeld in artikel 33, derde lid alsmede – voorzover aangewezen als strafbare feiten – de artikelen 6, eerste lid, tweede volzin, en 16, tiende lid.[...]"

Art. 2 lid 3 WED luidt als volgt. "3. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 3°, zijn misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij in de desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt."

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. "1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie."

#### *i. Strafbepaling*

Ingevolge art. 33 lid 1, 3 en 5 Arbowet juncto art. 1 onder 3 WED juncto art. 2 lid 3 WED juncto art. 6 lid 1 onder 4 WED zijn lid 1 en lid 3 van art. 3 Arbowet economische delicten die slechts als overtreding kunnen worden aangemerkt. Dat het overtredingen zijn, heeft consequenties voor de opsporingsbevoegdheden die in sommige gevallen slechts kunnen worden uitgeoefend indien sprake is van (de verdenking van) een misdrijf. De strafrechtelijke sancties gesteld op schending van art. 3 lid 1 en 3 Arbowet zijn hechtenisstraf van maximaal zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De tweede leden zijn geadresseerd aan de werkgever. De werkgever zorgt ingevolge lid 1 voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten. Op basis van lid 3 dient de werkgever ter uitvoering van lid 1 zorg te dragen voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de bij de werkgever werkzame personen.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

Bijzonder aan art. 3 lid 1 is dat in de aanhef de zorgplicht staat opgenomen die vervolgens wordt uitgewerkt doordat wordt verlangd dat de werkgever een bepaald beleid voert. De gekozen redactie waarmee het tweede zinsdeel van het eerste lid opent: 'en voert daartoe beleid', zou de indruk kunnen wekken dat de

verlangde zorg limitatief is uiteengezet in het verdere vervolg van lid 1 waarin het beleid is weergegeven. Die zinsnede 'en voert daartoe beleid' lijkt immers te impliceren dat met 'daartoe' wordt bedoeld 'ter volledige vervulling van de gewenste zorg'. Die betekenis zou het ook hebben indien het eerste lid was opgedeeld in twee zinnen: 'De werkgever zorgt voor veiligheid en gezondheid. Daartoe voert hij beleid et cetera'. Met een dergelijke redactie zou de bepaling zijn dichtgetimmerd. Zoals het eerste lid nu echter luidt met de koppeling van het woord 'en', is sprake van twee separate onderdelen. De consequentie daarvan is dat de werkgever, ook indien hij het juiste beleid heeft gevoerd, nog altijd zijn plicht te zorgen voor de veiligheid en gezondheid van zijn werknemers kan hebben geschonden. Met andere woorden: het op zichzelf voeren van het vereiste beleid staat niet in de weg aan het kunnen aanmerken van de werkgever als strafrechtelijk dader in de zin van art. 3 lid 1 Arbowet. Andersom geldt dat zodra niet het juiste beleid is gevoerd, de werkgever per definitie als strafrechtelijk dader van lid 1 kan worden aangemerkt (voorzover uiteraard de situatie van art. 33 lid 3 Arbowet en de daarmee samenhangende bepalingen aan de orde is). Wanneer met andere woorden ervan wordt uitgegaan dat het eerste lid kan worden gesplitst in twee delen, namelijk een deel dat ziet op zorg en een deel dat ziet op beleid (als onderdeel van de zorg), lijkt het zo te zijn dat de bepaling ook kan zijn geschonden indien wel het vereiste beleid is gevoerd maar desondanks toch niet is gezorgd voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers. De wetgever lijkt daar zelf ook van uit te gaan waar hij opmerkt dat in het eerste lid een algemene zorgplichtbepaling 'tevens' is opgenomen.<sup>317</sup> De gedeeltelijke ontkoppeling van de twee onderdelen komt ook elders in de parlementaire geschiedenis naar voren.<sup>318</sup> Vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van art. 3 lid 3 Arbowet. De werkgever zorgt voor een bevoegdheidsverdeling onder zijn werknemers 'waarbij hij rekening houdt met de bekwaamheden' van die werknemers. Het niet rekening houden met die bekwaamheden levert per definitie de strafrechtelijke zorggedraging op en tegelijkertijd heeft omgekeerd het wél rekening houden met die bekwaamheden niet tot gevolg dat de zorggedraging niet meer zou kunnen worden begaan. Belangrijker dan de kwestie van deze bijzinnen is wat door de wetgever in de totstandkomingsgeschiedenis is overwogen met betrekking tot de keuze voor het strafrecht en met betrekking tot de materiële rechtelijke inhoud van het zorgen als gedraging in relatie tot het strafrechtelijk daderschap.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Toen artikel 3 in 1998 in de Arbeidsomstandighedenwet terecht kwam, stond het werkwoord 'zorgen' (of een afgeleide daarvan) niet opgenomen in het eerste lid.<sup>319</sup> In het derde lid stond dat de werkgever ter uitvoering van het eerste lid

---

<sup>317</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 8, p. 5.

<sup>318</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 11 p. 3 en 5.

<sup>319</sup> Vergelijk Wet van 18 maart 1999, *Stb.* 1999, 184, p. 3. De bepaling werd overigens vanuit een



zorg draagt voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de bij de werkgever werkzame personen, waarbij de werkgever rekening houdt met de bekwaamheden van de werknemers. Het derde lid was dus al wel een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling.

*Eerste lid van art. 3 Arbowet* – Pas met de wijziging van art. 3 Arbowet in 2006 ging ook het eerste lid zelf tot de categorie wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin behoren.<sup>320</sup> Naast dat de werkgever moet zorgen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, moet de werkgever tevens in het kader van die zorg een bepaald beleid voeren. Dat beleid moet zijn gericht op zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden en daarbij moet een aantal punten in acht worden genomen. Over het in 2006 tot wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling omgedoopte eerste lid van artikel 3 Arbowet werd in de memorie van toelichting opgemerkt: *“Met de formulering van deze zorgplicht wordt beter aansloten bij de redactie van artikel 5, eerste lid, van Richtlijn nr. 89/391/EEG. De algemene zorgplicht komt materieel overeen met de civiele zorgplicht van de werkgever in artikel 658, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Het niet in acht nemen van de in artikel 3, eerste lid, opgenomen publieke zorgplicht kan ingevolge artikel 33, eerste lid, bestuurlijk worden beboet”*.<sup>321</sup> De oorsprong van het zorgbestanddeel wordt zodoende gevonden op Europees niveau.<sup>322</sup> Daarbij heeft de zorgplicht volgens de wetgever dezelfde betekenis als de privaatrechtelijke plicht uit art. 7:658 BW. Voorts lijkt in de memorie van toelichting niet onmiddellijk rekening te zijn gehouden met de strafrechtelijke mogelijkheden van de recidivebepaling, art. 33 lid 3 Arbowet, aangezien louter op de bestuursrechtelijke sanctiemogelijkheid wordt geattendeerd. Nadere informatie over de zorgplichtbepaling uit het eerste lid zal dus moeten worden gevonden in het kader van een richtlijn<sup>323</sup> en in de context van art. 7:658 BW.

#### *Europese achtergrond zorggedraging art. 3 lid 1 Arbowet*

De in de memorie van toelichting genoemde richtlijn bevat een tweede afdeling waarin verplichtingen voor werkgevers zijn opgenomen.<sup>324</sup> Het eerste lid van art. 5 van de richtlijn kent de volgende redactie. *“1. De werkgever is verplicht te zorgen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten”*. In de daarop volgende bepalingen van de richtlijn wordt inhoudelijk uitgewerkt waaraan wordt gedacht met veiligheid en gezondheid van

---

ander definitie-perspectief al wel aangeduid als ‘zorgplichtbepaling’ (zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 6, p. 10). Het had evenwel niet de redactie met het werkwoord ‘zorgen’ waarnaar in onderhavig proefschrift onderzoek wordt gedaan.

<sup>320</sup> Wet van 30 november 2006, *Stb.* 2006, 673, p. 2.

<sup>321</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 30.

<sup>322</sup> Zie voorts *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 11 p. 5.

<sup>323</sup> Richtlijn nr. 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (*PbEG* 1989 L 183/1).

<sup>324</sup> *Idem*.

de werknemers en wordt uitgewerkt waaraan de werkgever zou moeten voldoen. Zo moeten gezien de richtlijn door de werkgever onder meer bepaalde maatregelen worden genomen (art. 6), werknemers worden aangewezen in het kader van preventie en bescherming (art. 7 lid 1), verbindingen worden onderhouden met diensten van buitenaf (art. 8 lid 1), moet over risico-evaluaties en lijsten van arbeidsongevallen worden beschikt (art. 9) en voldoende veiligheids- en gezondheidsopleiding aan werknemers worden gegeven (art. 12). Aldus lijkt de verlangde zorg, in tegenstelling tot wat wel wordt gedacht, maar in lijn met de al eerder besproken suggestie die van de Woningwet is uitgegaan (paragraaf 5.3.2.5), meer in te houden dan het enkel 'maatregelen nemen'.<sup>325</sup> Naar een expliciete uitleg van de materieel strafrechtelijke werking van het werkwoord 'zorgen' zal in de (totstandkomings)geschiedenis van de) richtlijn vergeefs worden gezocht. De oorsprong van het werkwoord 'zorg' in het eerste lid van art. 33 Arbowet, ligt in Europa. Een concrete bijbedoeling had men echter niet. Dat wordt ook geconstateerd door de Raad van State. Door de Raad wordt erop gewezen dat de nieuwe versie van het eerste lid van artikel 3 van de Arbeidsomstandighedenwet niet bijzonder afwijkt van de versie daarvoor: de bepaling is 'niet wezenlijk gewijzigd'.<sup>326</sup> Bij de gedachte dat met de wijziging mogelijk de deur tot toepassing van een ander (bijzonder) strafrechtelijk ouderschapsregime is opengezet waarvan het bovendien nog maar de vraag is of daaraan wel dezelfde traditionele werking kleeft, is niet stilgestaan.

#### *Privaatrechtelijke achtergrond zorggedraging art. 3 lid 1 Arbowet*

In de memorie van toelichting werd ten aanzien van art. 3 Arbeidsomstandighedenwet zoals gezegd tevens gewezen op lid 1 van art. 7:658 BW. Die privaatrechtelijke bepaling luidt: "*1. De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt*". Het werkwoord 'zorgen' wordt hierin niet gevonden. Desondanks spreekt de wetgever in de memorie van toelichting bij art. 3 Arbowet van 'de civiele zorgplicht van de werkgever' die bepalend is voor de invulling van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in art. 3 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet.<sup>327</sup> Zoals in het bovenstaande al werd geschreven, meent de wetgever dat de algemene zorgplicht van art. 3 lid 1 Arbowet *materieel* overeenkomt met de civiele zorgplicht van de werkgever in art. 7:658 lid 1 BW. Opmerking verdient daarbij wel dat de wetgever bij de Arbeidsomstandighedenwet de nadruk legde op de bestuursrechtelijke handhaving zodat niet zonder meer kan worden gesteld dat de uitleg die aan art. 7:658 BW wordt gegeven, onverkort opgaat voor het strafrecht-

---

<sup>325</sup> Waarover hierboven tevens reeds paragraaf 5.3.2.9 en hieronder nader hoofdstuk 6.

<sup>326</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 4, p. 4.

<sup>327</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 30.

telijke functioneren van art. 3 lid 1 Arbowet. Indicatief zal het nochtans wel kunnen zijn. Letterlijke lezing van het artikel in het Burgerlijk Wetboek leert reeds dat de verplichting van de werkgever meer inhoudt dan het slechts nemen van maatregelen. Tevens rust op de werkgever namelijk de plicht aanwijzingen te verstrekken.

*Onderbouwing door verwijzing naar art. 7:658 BW is een cirkelredenering*

Een commentaar op art. 7:658 BW bestuderend, bekruipt het gevoel van een cirkelredenering. In het civielrechtelijk commentaar staat “*Onder de zorgplicht wordt mede verstaan de verplichtingen die de werkgever heeft krachtens de Arbeidsomstandighedenwet en andere publiekrechtelijke regelingen ter zake van arbeidsomstandigheden*”.<sup>328</sup> Dat is opmerkelijk omdat, voor wat betreft althans art. 3 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet, juist wordt teruggegrepen op de zorgplicht uit art. 7:658 BW. Wanneer bij die bepaling vervolgens wordt beweerd dat de inhoud wordt bepaald door de Arbeidsomstandighedenwet, is de toelichting terechtgekomen in een vicieuze cirkel. Dat het civielrechtelijk commentaar in dat verband spreekt van een soort ‘reflexwerking’ verandert daaraan niets. De regel zou dan, gechargeerd gezegd, zijn dat in geval van schending van de publiekrechtelijke norm, de werkgever privaatrechtelijk aansprakelijk is en dat in geval de werkgever privaatrechtelijk aansprakelijk is, de publiekrechtelijke norm is geschonden. Voor doorwerking naar het strafrecht is dit extra problematisch omdat in strafrechtelijk verband een aantal andere stappen moet worden gezet bovenop de bestuursrechtelijke toelichting van art. 3 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet. Dat in het privaatrecht een werkneemster die zich bij het snijden van broodjes met een nieuw of geslepen mes verwondt, haar werkgever niet zonder meer voor de schade kan aanspreken,<sup>329</sup> hoeft namelijk helemaal niet onverkort te gelden in het strafrecht. Naast de onwenselijkheid van een cirkelredenering is het onwenselijk privaatrecht en strafrecht zo direct aan elkaar te verbinden. Op het spel staan immers totaal andere kwesties (schadevergoeding tegenover leedtoevoeging). Bovendien zijn de procedurele voorschriften te verschillend. Met name wanneer wie wat en hoe moet bewijzen, kan sterk verschillen per rechtsgebied.<sup>330</sup> Dat de privaatrechtelijke en strafrechtelijke einduitspraken mogelijkere wijs (vermoedelijk beter: waarschijnlijk) overeenkomsten zullen vertonen, levert geen overtuigend argument de verschillende wijzen waarop tot de eindresultaten

<sup>328</sup> P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten en E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, 2008, ‘art. 7:658 BW, aant. 2 onder a’.

<sup>329</sup> Idem en verwijzend naar Hoge Raad 4 oktober 2002, NJ 2004, 174. In de privaatrechtelijke context van het delict is de werkgever niet aansprakelijk voor huis-tuin-en-keuken ongevallen en hoeft de werkgever niet te waarschuwen voor feiten van algemene bekendheid. Al kan dat – beoordeeld naar de ‘bijzondere omstandigheden van het geval’ – anders zijn, vergelijk Hoge Raad 17 april 2009, LJN BH1996.

<sup>330</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank (voorzieningenrechter) Rotterdam 29 maart 2005, JAR 2005, 92, LJN AT3188, Hof Arnhem 26 september 2006, JAR 2007, 60, LJN AZ0584 en Rechtbank Arnhem 8 maart 2007, LJN BA0228. De uitspraken zijn privaatrechtelijk aangezien strafrechtelijk hierover niets te vinden is.

wordt gekomen aan elkaar te koppelen. Dat strafrechtelijke schending van de zorgplicht kan worden bewezen maar de werkgever uiteindelijk niet wordt veroordeeld, behoeft niet één-op-één te betekenen dat privaatrechtelijk ook de zorgplicht is geschonden en om een vervolgens gekunstelde reden toch geen schade hoeft te worden vergoed. Het kan prima zo zijn dat de zorgplicht privaatrechtelijk niet maar strafrechtelijk wel is geschonden. Ook dan hoeft daarmee over de einduitspraak niets te zijn gezegd. Kortom, de inhoud van de materieel strafrechtelijke werking van deze zorgplichtbepaling zal derhalve verstandiger elders moeten worden gezocht en gevonden.

*Derde lid van art. 3 Arbowet* – Het derde lid van art. 3 Arbowet bevatte al langer een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling. In 1999 werd deze zorgplichtbepaling eerst opgenomen in het tweede lid. Het lid had ook toen betrekking op het eerste lid. Opmerkelijk daaraan is dat de strekking van het eerste lid destijds inhoudelijk weliswaar niet anders was dan tegenwoordig maar dat in het eerste lid nog niet het werkwoord ‘zorg’ als bestanddeel was opgenomen. Dat is, zo kwam in het bovenstaande naar voren, pas in 2006 gebeurd. Sindsdien is sprake van een verdubbeling van zorg, waarbij bovendien voor strafrechtelijke toepassing nog wordt verlangd dat de werkgever recidiveert (art. 33 lid 1 en 3 Arbowet). Op art. 3 lid 1 Arbowet wordt voortgebouwd met lid 3 dat inhoudelijk onveranderd sinds 1999<sup>331</sup> luidt: “3. *Ter uitvoering van het eerste lid draagt de werkgever zorg voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de bij de werkgever werkzame personen, waarbij hij rekening houdt met de bekwaamheden van de werknemers*”. In de memorie van toelichting is toegelicht dat het toenmalige tweede (thans derde) lid betrekking heeft op de taak- en verantwoordelijkheidstoedeling bij het arbeidsomstandighedenbeleid.<sup>332</sup> De werkgever moet de bevoegdheden en de verantwoordelijkheden in zijn organisatie voor het arbeidsomstandighedenbeleid regelen en daarbij “*zorgen dat degene die een bepaalde taak heeft daartoe ook de capaciteiten heeft. Het gaat dan om taken als het ontwikkelen van maatregelen, het uitvoeren ervan en het toezicht houden op de toepassing van bijvoorbeeld veiligheidsprocedures*”.<sup>333</sup> Vereist is een duidelijke verantwoordelijkheidsverdeling zodat ieder lid van de organisatie weet wie waarop kan worden aangesproken.<sup>334</sup> In de wetsgeschiedenis uit 1998 wordt verder niet ingegaan op het toenmalige tweede (thans derde) lid. Aangezien de nadruk in de wetsgeschiedenis niet heeft gelegen op de *strafrechtelijke* werking van de zorgplichtbepaling, zal vermoedelijk ten aanzien van de voorgangers van art. 3 Arbowet waarin geen zorggedraging stond opgenomen eveneens weinig aandacht voor het strafrecht hebben bestaan. Daarbij is niet onbelangrijk dat art. 3 Arbowet 1994 niet strafbaar was, gezien het toenmalige art. 1 onder 4 WED.<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> Wet van 18 maart 1999, *Stb.* 1999, 184, p. 3.

<sup>332</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 37.

<sup>333</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>334</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>335</sup> Vergelijk art. 57, *Stb.* 1994, 148

Ook 'de handeling of het nalaten bedoeld in art. 33 lid 3 arbowet' in combinatie met een verwijzing naar art. 3 Arbowet, stond niet voor 1 november 1999 in de Wet op de economische delicten. Aangezien art. 3 Arbowet dus niet langs de weg van art. 33 Arbowet, en evenmin zelfstandig, in de Wet op de economische delicten werd genoemd, lijkt het erop dat art. 3 Arbowet pas met de invoering van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 is strafbaar gesteld per 1 november 1999. Voordien kon de bepaling niet strafrechtelijk worden gehandhaafd.<sup>336</sup>

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 3 lid 1 of lid 2 Arbowet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Bij de *strafrechtelijke* mogelijkheden van art. 3 Arbowet is in de gehele wetsgeschiedenis van de Arbeidsomstandighedenwet aldus niet in het bijzonder stilgestaan. Zodoende is wederom sprake van een zorgplichtbepaling die om onduidelijke redenen in het strafrecht is terechtgekomen. Dat is spijtig omdat het strafrecht niet is bedoeld als uithangbord terwijl het huidige art. 3 Arbowet die strekking nu wel lijkt te hebben. Het past niet in een rechtsstaat dat een overkoepelende bepaling aan het begin van een afdeling wordt opgenomen ten aanzien waarvan zonder toelichting ook de mogelijk strafrechtelijke leedtoevoeging wordt opengesteld. Daarnaast worden met de gekozen vormgeving strafrechtelijke deuren geopend op het terrein van ouderschap waarvan het de vraag blijft of de bijbehorende consequenties wel bij de wetgever bekend zijn geweest. Relevant is wel de constatering dat mogelijk onder het zorgen – althans nu ook vanuit Europese hoek – meer moet worden gevat dan 'maatregelen nemen'. In zoverre is sprake van een bevestiging van wat opviel in onder meer de wetsgeschiedenis van de al besproken Woningwet.

#### **5.3.3.1.3 Art. 8 lid 1, 2 en 3 Arbeidsomstandighedenwet – 'zorgt ervoor'**

Art. 8 lid 1, 2 en 3 Arbowet luiden als volgt. "1. *De werkgever zorgt ervoor dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico's, alsmede over de maatregelen die erop gericht zijn deze risico's te voorkomen of te beperken. Tevens zorgt de werkgever ervoor dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de wijze waarop de deskundige bijstand, bedoeld in de artikelen 13, 14, 14a en 15, in zijn bedrijf of inrichting is georganiseerd.*

2. *De werkgever zorgt ervoor dat aan de werknemers doeltreffend en aan hun onderscheiden taken aangepast onderricht wordt verstrekt met betrekking tot de ar-*

<sup>336</sup> Zie voorts de vroege voorloper uit het voorstel voor de eerste Arbeidsomstandighedenwet die evenmin was strafbaar gesteld: *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 2, p. 3 en 29 (art. 3 en 53). Overigens haalde deze bepaling toen de definitieve wet niet maar werd daarin het toenmalig voorgestelde vierde artikel geïncorporeerd, *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 10, *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 497, nr. 6, p. 1 en *Stb.* 1980, 664.

*beidsomstandigheden.*

*3. Indien persoonlijke beschermingsmiddelen ter beschikking van de werknemers worden gesteld en indien op arbeidsmiddelen of anderszins beveiligingen zijn aangebracht, zorgt de werkgever ervoor dat de werknemers op de hoogte zijn van hun doel en werking en de wijze waarop zij deze dienen te gebruiken.[...]"*

Art. 33 lid 1, 3 en 5 Arbowet luiden als volgt. "1. Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen 3, 4, eerste lid, 5, 8, 9, eerste en tweede lid, 11, 13, eerste tot en met vierde lid, negende en tiende lid, 14, eerste, tweede en zevende lid, 14a, tweede, derde en vierde lid, 15, eerste en derde lid, 18 en 19. Ter zake van de overtredingen, bedoeld in de vorige zin, kan een bestuurlijke boete worden opgelegd van de eerste categorie. [...]"

*3. Een overtreding als bedoeld in het eerste of tweede lid wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van die overtreding voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke bepaling een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden. [...]"*

*5. Het strafbaar feit, bedoeld in het derde lid, is een overtreding in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de economische delicten."*

Art. 1 onder 3 WED luidt als volgt. "Economische delicten zijn: [...] 3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Arbeidsomstandighedenwet, de artikelen 6, eerste lid, eerste volzin, 10, 28, zesde lid, 32 en de handeling of het nalaten, bedoeld in artikel 33, derde lid alsmede- voorzover aangewezen als strafbare feiten - de artikelen 6, eerste lid, tweede volzin, en 16, tiende lid.[...]"

Art. 2 lid 3 WED luidt als volgt. "3. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 3°, zijn misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij in de desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt."

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. "1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie."

#### *i. Strafbepaling*

Evenals art. 3 Arbowet, is artikel 8 genoemd in art. 33 lid 1 Arbowet. Op dat eerste lid wordt teruggegrepen door het derde lid van art. 33 Arbowet. Dit derde lid wordt in de Wet op de economische delicten genoemd en dat betekent dat ook art. 8 Arbowet (uiteindelijk) op enig moment kan gelden als economisch delict. Schending daarvan levert een overtreding en geen misdrijf op (art. 33 lid 5 Arbowet juncto art. 1 onder 3 WED juncto art. 2 lid 3 WED). De daarop gestelde straf bedraagt hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. In de eerste drie leden van art. 8 Arbowet staan drie straf-

rechtelijke zorgplichten voor de werkgever. Deze geadresseerde zorgt ingevolge lid 1 ervoor dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico's, alsmede over de maatregelen die erop zijn gericht deze risico's te voorkomen of te beperken. Eveneens ingevolge het eerste lid, zorgt de werkgever ervoor dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de wijze waarop de deskundige bijstand (bedoeld in de artikelen 13, 14, 14a en 15), in het bedrijf of de inrichting van de werkgever is georganiseerd. Op basis van het tweede lid zorgt de werkgever ervoor dat aan de werknemers doeltreffend en aan hun onderscheiden taken aangepast onderricht wordt verstrekt met betrekking tot de arbeidsomstandigheden. Het derde lid behelst dat de werkgever ervoor zorgt dat de werknemers op de hoogte zijn van doel en werking en wijze van gebruik van aan de werknemers persoonlijk ter beschikking gestelde beschermingsmiddelen. Dezelfde zorg rust op de werkgever indien op arbeidsmiddelen of anderszins beveiligingen zijn aangebracht.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

De zorg die in een aantal onderdelen van art. 8 Arbowet van de werkgever wordt verlangd, ziet op *doeltreffend* inlichten en *doeltreffend* onderwijs verstrekken. Naast de reguliere onderzoeksvragen, is een interessante vraag of, en zo ja in welke mate, de term 'doeltreffend' de verlangde zorg inkleurt. Anders geformuleerd: zou 'doeltreffend inlichten' ook kunnen betekenen 'doeltreffend *zorgen* dat wordt ingelicht'?

#### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

De versie van art. 8 Arbowet zoals die is voorgesteld in het initiële kamerstuk wijkt vrijwel niet af van de uiteindelijke versie die in het staatsblad werd gepubliceerd.<sup>337</sup> De bepaling ziet op de strafrechtelijk te handhaven verplichting van de werkgever zijn werknemers voor te lichten en te onderrichten betreffende hun taken en de daaraan verbonden risico's. Die voorlichting en dat onderricht moeten doeltreffend zijn. De voorlichting en het onderricht vinden plaats door middel van een 'continu leerproces'.<sup>338</sup> Wil de werkgever op "*een juiste manier aan deze verplichting voldoen*," dan moet, volgens de wetgever, de voorlichting en het onderricht worden gegeven bij de eerste keer dat een werknemer zijn taak aanvangt en de keren daarna wanneer veranderingen optreden of op andere wijze blijkt dat de voorlichting of het onderricht noodzakelijk is. Deze toelichting was in de voorganger van de Arbeidsomstandighedenwet uit 1994 nog opgenomen als bestanddeel. In artikel 6 van de toenmalige Arbeidsomstandighedenwet stond een vrijwel identieke zorgplichtbepaling opgenomen. Die bepaling bevatte in de wettekst zelf de zinsnede 'de eerste keer dat een werknemer werkzaamheden gaat verrichten'. Die tekst komt in de versie uit 1998 dus nog slechts terug in de me-

<sup>337</sup> Vergelijke *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 2 en *Stb.* 1999, 184.

<sup>338</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 39.

morie van toelichting.<sup>339</sup> Voornoemde voorloper, art. 6 Arbowet 1994 (oud), was eveneens strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten. Dat was niet anders bij de eerste versie van de Arbeidsomstandighedenwet van eind jaren zeventig.<sup>340</sup> In dit licht is het begrijpelijk dat de voorgestelde bepaling in 1998 zonder al te veel moeite terecht kon komen in het staatsblad. De bepaling bestond grotendeels al en werd eigenlijk slechts herzien. De vraag is op dit punt of in de eerste periode van de Arbeidsomstandighedenwet, in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw, over deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling iets van belang is medegedeeld. Om dat te achterhalen, zal te rade moeten worden gegaan bij oudere wetsgeschiedenissen. Aan de orde zijn achtereenvolgens een korte voorgeschiedenis, de keuze voor het strafrecht, de inhoud van het zorgen en tot slot de betekenis van het adjectief 'doeltreffend' in art. 8 Arbowet.

### *Voorgeschiedenis van art. 8 Arbowet*

In de oorspronkelijke Arbeidsomstandighedenwet van 1980 was de bepaling betreffende voorlichting en onderricht geplaatst in art. 6 Arbowet 1980 (oud). In het initiële wetsvoorstel stond de bepaling in eerste instantie als zevende artikel ingedeeld.<sup>341</sup> De in het toenmalig artikel 7 (later 6) voorziene verplichting om de werknemers onderricht te geven was in de jaren zeventig volgens de wetgever 'geheel nieuw'.<sup>342</sup> De verplichting in art. 17 lid 1 Veiligheidswet 1934 (oud)<sup>343</sup> om werknemers (schilders) voorlichting te geven over het werken met loodhoudende stoffen deed aan het nieuwe gehalte niet af omdat dat een zeer specifieke bepaling was.<sup>344</sup> De Minister achtte het van 'groot belang' dat werknemers "*inzicht kunnen verkrijgen in de aard van de gevaren waaraan zij bij de arbeid zijn blootgesteld en de wijze waarop deze het beste kunnen worden bestreden*".<sup>345</sup> Bij de bijzondere uitleg van het artikel in de memorie van toelichting kwam helaas niet aan de orde hoe het bestanddeel 'zorg' zou moeten functioneren. Ook werd in de memorie van toelichting nog niet duidelijk gemaakt waarom in het voorstel werd gekozen voor strafrechtelijke handhaving.<sup>346</sup> In de verdere wetsgeschiedenis

<sup>339</sup> Idem.

<sup>340</sup> Toen in eerste instantie voorgesteld als artikel 7, *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 2, p. 6 en 29 en later terechtgekomen in art. 6, Wet van 8 november 1980, *Stb.* 1980, 664.

<sup>341</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 2.

<sup>342</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 4.

<sup>343</sup> *Stb.* 1934, 352. Overigens kende het gedeelte dat zag op het onderricht van dat oude artikel, in tegenstelling tot een aantal andere bepalingen uit de Veiligheidswet 1934, geen zorggedraging. Het was wel strafbaar gesteld in art. 31 Veiligheidswet 1934 (oud). Dat op dit punt van het onderzoek niet wordt gekeken naar de oude bepalingen uit de Veiligheidswet 1934 die wel kwalificeren als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, houdt verband met het feit dat deze bepalingen geen directe voorlopers zijn van hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. In het kader van de Arbeidswet die in de volgende paragraaf (paragraaf 5.3.3) wordt besproken, zal dat echter wel het geval zijn. Later wordt eveneens teruggekomen op (voorlopers van) de Veiligheidswet 1934.

<sup>344</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 25.

<sup>345</sup> Idem.

<sup>346</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 25-26 en 63.



kwamen deze onderwerpen eind jaren zeventig echter wel aan bod.

### *Keuze voor strafbaarstelling?*

In de memorie van antwoord is stilgestaan bij de keuze voor strafbaarstelling in het algemeen van een aantal bepalingen van de allereerste Arbeidsomstandighedenwet. Het navolgende geldt daardoor evengoed voor de in onderstaande paragrafen nog te bespreken andere strafrechtelijk te handhaven bepalingen uit de Arbeidsomstandighedenwet (te weten de artikelen 11 en 19), maar geldt niet voor het hierboven besproken art. 3 Arbowet (paragraaf 5.3.3.1.2). Als voordeel van de Wet op de economische delicten boven de toen nog geldende Veiligheidswet met alle onderhangende algemene maatregelen van bestuur werd toentertijd gezien dat in de Wet op de economische delicten sprake was van zwaardere sancties.<sup>347</sup> Eerder waren toen al geluiden te horen geweest dat men voor het afdwingen van de naleving van het wetsontwerp geen ander middel zag dan het uiterste middel van de straf.<sup>348</sup> Vooral de vermeende preventieve werking van het strafrecht lijkt aan de basis van die opvatting te hebben gestaan.<sup>349</sup> Vervolgens ontstond discussie over de strafmaat: moest de verwijzing in de Wet op de economische delicten worden geschakeerd in artikel 1 onder 4 of onder 2?<sup>350</sup> Was het nodig dat de schending van sommige bepalingen van de Arbeidsomstandighedenwet per definitie een overtreding was of konden dergelijke overtredingen beter als misdrijf worden gezien in geval sprake was van opzet waarbij bovendien in onderdeel 2 zwaarder zou kunnen worden gesanctioneerd? Uiteindelijk bleven de bepalingen van de Arbeidsomstandighedenwet conform het oorspronkelijk wetsvoorstel in het vierde onderdeel van art. 1 WED staan. Het wetsontwerp raakte dan ook bijvoorbeeld niet rechtstreeks aan essentiële belangen van de Nederlandse staat.<sup>351</sup> Met de Arbeidsomstandighedenwet van 1998 is de bepaling verplaatst naar het derde onderdeel van art. 1 WED.<sup>352</sup> Naast de keuze voor het strafrecht, is na de memorie van toelichting in de verdere wetsgeschiedenis een kleine hoeveelheid aandacht gericht geweest op het werkwoord 'zorgen' als bestanddeel.

### *Inhoud van het gedragsbestanddeel 'zorgen'*

De vraag die aanleiding gaf tot een kleine discussie over de inhoud van zorgplichten, had betrekking op het onderscheid in het wetsvoorstel tussen het werken enerzijds met *zorgplichten* voor de werkgever en anderzijds met zogenaamde *nalevingsplichten* voor de werknemer.<sup>353</sup> Onduidelijk was hoe zich dat verhiel met het uitgangspunt van de nieuwe wet dat werkgever en werknemer gelijk-

<sup>347</sup> *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 25.

<sup>348</sup> *Kamerstukken II*, 1977/78, 14 497, nr. 4, p. 17.

<sup>349</sup> *Idem*.

<sup>350</sup> *Handelingen II*, 1979/80, p. 1457-1459, 4665-4666 en 4683.

<sup>351</sup> *Idem*, p. 4683.

<sup>352</sup> Wet van 18 maart 1999, *Stb.* 1999, 184.

<sup>353</sup> *Kamerstukken II*, 1977/78, 14 497, nr. 4, p. 23.

waardig verantwoordelijk zouden zijn voor de arbeidsomstandigheden. De vraag was vooral of niet een andere ‘formule’ kon worden gevonden die op beide partijen kon worden toegepast.<sup>354</sup> In zijn reactie daarop kwam de Minister verrassend op een enigszins afwijkend pad terecht dan waarop de vraag had gezien. Hij ging niet in op de kwestie van een mogelijk overkoepelende formule voor zowel werkgever als werknemer, maar liet weten geen verschil tussen zorgplichten en nalevingsplichten te zien. *“In het wetsontwerp zijn de verplichtingen van de werkgever soms, zoals dit ten aanzien van de verplichtingen van de werknemer is geschied, uitgedrukt in termen van “naleven, in acht nemen, moeten”; [...] Juridisch bestaat geen verschil tussen deze termen. De keuze vloeide voort uit de opbouw van de artikelen waarin zij voorkomen”*.<sup>355</sup> De opbouw van de bestanddelen in de concrete artikelen is dus doorslaggevend geweest bij het bepalen van de gedragsbestanddelen. Dat zou dan ook gelden voor het zorgbestanddeel. Dat de opbouw bepalend zou zijn voor de keuze voor het werkwoord ‘zorgen’ als bestanddeel in een aantal bepalingen in de Arbeidsomstandighedenwet, duidt erop dat het gebruik van de term ‘ervoor zorgen’ tamelijk willekeurig is geweest, althans slechts afhankelijk zou zijn van de opbouw van de bepaling. Immers, de gekozen andere bestanddelen dwongen de wetgever nu eenmaal een strak keurslijf in waarbij geen ruimte bestond voor andere terminologie of woordvolgorde. Dat klinkt toch weinig steekhoudend aangezien het gebruik van de term ‘zorgen’ eenvoudig te voorkomen was geweest door de – kennelijk als korset ervaren – opbouw van de betreffende artikelen aan te passen.

Het is daardoor nog steeds de vraag of het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel inderdaad zo standaard is als soms in de parlementaire geschiedenis lijkt te zijn verondersteld. In tegenstelling namelijk tot wat de Minister heeft willen doen geloven toen hij mededeelde geen juridische verschillen te zien, zou het zorgen een bijzondere betekenis kunnen hebben. Dit laatste meende ook een aantal parlementsleden eind jaren zeventig. Zij hadden zich nadrukkelijk afgevraagd of de hierboven aangehaalde stelling van de Minister dat juridisch geen verschil zou bestaan tussen de termen ‘naleven’, ‘in acht nemen’ en ‘moeten’ (nalevingsplichten) enerzijds, tegenover ‘zorgen voor’ (zorgplichten) anderzijds, wel de *“juridische toets der kritiek kan doorstaan”*.<sup>356</sup> Deze kamerleden vroegen dan ook of in het toenmalig voorgestelde art. 8 lid 1 Arbowet<sup>357</sup> de woorden ‘ervoor zorgen dat een jaarverslag aanwezig is’ kon worden vervangen door ‘een jaarverslag opmaken’.<sup>358</sup> De Minister gaf aan die wens uiteindelijk toe omdat daardoor het artikel *“terminologisch beter in de pas loopt met artikel 4 [...]”*.<sup>359</sup> Het is merkwaardig hoe eenvoudig daarbij door de Minister

---

<sup>354</sup> Idem.

<sup>355</sup> *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 34.

<sup>356</sup> *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 497, nr. 9, p. 25.

<sup>357</sup> Dat werd uiteindelijk art. 10 Arbowet 1980 en is tegenwoordig daarin niet meer opgenomen.

<sup>358</sup> *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 497, nr. 9, p. 25.

<sup>359</sup> *Kamerstukken II*, 1979/80, 14 497, nr. 11, p. 34 en *Kamerstukken II*, 1979/80, 14 497, nr. 13, p. 2.

werd afgestapt van het even eerder nog betreunde keurslijf van alle verschillende bepalingen die door hun opbouw volgens de Minister vermeend hadden gedwongen tot de uiteenlopende redacties. De op zichzelf al simpele verantwoording wordt op deze wijze even simpel gepasseerd. Het verhoudt zich ook slecht tot de opmerking van de Minister elders dat het bestanddeel ‘zorgen’ in de zinsconstructie van het eerste lid echt niet zou kunnen worden vervangen door naleven, in acht nemen of moeten.<sup>360</sup> Zodoende lijkt dat enige – in het bovenstaande al aangehaalde – argument van de Minister niet van bijzonder groot gewicht te kunnen zijn geweest.

Los daarvan waagt de Minister vervolgens een hernieuwde poging de ‘juridische toets der kritiek te doorstaan’ door te wijzen op de Van Dale, het groot woordenboek der Nederlandse – maar zeker niet der juridische – taal.<sup>361</sup> De poging van de Minister was niet succesvol. De Minister dacht in de Van Dale te ontdekken dat ‘zorgen’ onder meer betekende ‘waken voor’ en hij meende *“dat in die term dezelfde betekenis ligt opgesloten als in de eerder genoemde drie termen”* te weten ‘naleven’, ‘in acht nemen’ en ‘moeten’.<sup>362</sup> De drie gegeven alternatieven lijken toch echt iets anders te betekenen dan ‘waken voor’ en kunnen – zeker in een juridische context – niet zomaar (taalkundig) worden vereenzelvigd als synoniemen. De Minister miskende daarmee de betekenis die in het strafrecht reeds lang voor zijn benoeming als Minister aan het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel was gegeven (zie hoofdstuk 6). Van de stelling van de Minister dat juridisch geen verschil zou bestaan tussen de termen ‘naleven’, ‘in acht nemen’ en ‘moeten’ (nalevingsplichten) enerzijds, tegenover ‘zorgen voor’ (zorgplichten) anderzijds, kan met de verschillende kamerleden die deze stelling in twijfel trokken, worden betoogd dat die stelling niet de juridische toets der kritiek kan doorstaan. Er is namelijk wél verschil tussen ‘zorgen’ en ‘waken voor’ tegenover ‘moeten’, ‘naleven’ en ‘in acht nemen’. Waken voor schending van een voorschrift en zorgen dat wettelijke voorschriften niet worden geschonden, is iets anders dan een voorschrift in acht nemen of een voorschrift naleven. De eerste twee neigen meer naar een inspanning, de laatste twee naar een resultaat. De eerste twee zijn meer een garantie of belofte, de laatste twee een gedraging.

### *Betekenis van ‘doeltreffend’*

In het bovenstaande is onder de tussenkop ‘ii. Opmerkelijkheden’ de vraag opgeworpen naar de betekenis van ‘doeltreffend’ in de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin van het hier besproken art. 8 Arbowet. Houdt,

<sup>360</sup> *Kamerstukken II*, 1979/80, 14 497, nr. 11, p. 34.

<sup>361</sup> Zie voor een even weinig fraaie benadering het positieve advies uit 2004 van de Raad voor Dierenaangelegenheden tot strafbaarstelling van bestialiteit, onder meer op basis van wat een woordenboek daarover meldt, het voorbeeld in B.J.V. Keupink, ‘Strafbaarstelling, schade en (im)moraliteit’, in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2008, p. 43-62, met name p. 54.

<sup>362</sup> Tegenwoordig staat in hetzelfde woordenboek als betekenis van ‘zorg’ overigens ‘op iets letten, toezicht houden’.

kort gezegd, 'doeltreffend inlichten' in dat moet worden gezorgd dat doeltreffend wordt ingelicht of dat doeltreffend moet worden gezorgd dat wordt ingelicht. In de ogen van de wetgever impliceert 'doeltreffende voorlichting en onderricht' dat de voorlichting en het onderricht zijn afgestemd op "*onder meer de capaciteiten, de taal, kennis en ervaring van de betrokken werknemers*".<sup>363</sup> Zodoende ziet de doeltreffendheid niet op de zorggedraging maar op de inhoud van de situatie waarvoor moet worden gezorgd. Het onderricht moet doeltreffend zijn; niet de zorg. Bij de behandeling in het parlement werd de vraag opgeworpen of de term 'doeltreffend' in de bepaling zo moest worden uitgelegd, dat de werkgever zich er ook van zou moeten 'vergewissen' dat zijn werknemer zicht heeft op de risico's en dat de werknemer begrijpt waar het allemaal precies om gaat.<sup>364</sup> Als antwoord van de staatssecretaris kwam daarop dat 'doeltreffend' in het algemeen betekent dat de instructies moeten zijn afgestemd op de aard van het werk en de capaciteit, ervaring en behoeften van de werknemers. Voor wat betreft het 'vergewissen,' staat in het vierde lid van art. 8 Arbowet opgenomen dat de werkgever toeziet op de naleving van de instructies en voorschriften door de werknemers zodat is bewerkstelligd dat de werkgever zich ervan vergewist dat de instructies worden opgevolgd.<sup>365</sup>

Ten tijde van de oorspronkelijke Arbeidsomstandighedenwet van 1980 was ook reeds gesproken over de term 'doeltreffend' in het toenmalige artikel 7 (thans art. 8 Arbowet). De oorspronkelijke vormgeving liet volgens een aantal kamerleden de mogelijkheid open dat de werkgever zich er met een Jantje-van-Leiden van af zou kunnen maken door zich slechts naar de letter van de wet van zijn taak te kwijten.<sup>366</sup> Door de Minister werd ervoor gekozen de term 'doeltreffend' op te nemen en daarmee de wijze van inlichtingen en instructies verstrekken in te kleuren.<sup>367</sup> De gegeven instructies *zelf* moeten doeltreffend zijn, niet het zorgen voor de verstrekking daarvan. Dat moet worden gezorgd voor onderricht en instructies die 'doeltreffend' zijn, houdt gezien het antwoord van de staatssecretaris in dat de aangeboden informatie en onderricht moeten zijn afgestemd op de aard van het werk en de capaciteit, ervaring en behoeften van de werknemers. Dat is de betekenis van doeltreffend: dat de inlichtingen respectievelijk het onderricht is afgestemd op de werknemer. Dat zegt niets over *hoe* moet worden gezorgd, maar zegt iets over *waarvoor* moet worden gezorgd. De doeltreffende informatie of het doeltreffende onderricht is de door de wetgever gewenste toestand die in het leven moet worden geroepen; de gewenste situatie waarvoor moet worden gezorgd. Dat in het leven roepen of dat zorgen *zelf*, hoeft niet op doeltreffende (lees: behoorlijke, niet-Jantje-van-Leiden-achtige) wijze te geschieden. De essentie van zorg lijkt zodoende te zijn dát het geschiedt. Daarmee is mo-

<sup>363</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 39.

<sup>364</sup> *Handelingen II*, 1998/99, nr. 10, p. 517.

<sup>365</sup> *Handelingen II*, 1998/99, nr. 16 (bijvoegsel), p. 1013. Dit vierde lid kan eveneens strafrechtelijk worden gehandhaafd, maar betreft geen wettelijke zorgplichtbepaling.

<sup>366</sup> *Kamerstukken II*, 1977/78, 14 497, nr. 4, p. 18.

<sup>367</sup> *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 26.

gelijk wel een nieuwe indicatie betreffende de inhoud van het zorgen aan de oppervlakte gekomen. Gaat de verlangde zorg inderdaad zover dat de mate van zorgkwaliteit in het geheel niet ter zake doet bij de invulling van de zorggedraging? Is van doorslaggevend belang dát iets wat de wetgever wilde, gebeurt en niet hóe het gebeurde of hoe de geadresseerde zich heeft ingespannen? Voorgaande overwegingen lijken wel die richting uit te wijzen. Of het een juiste lezing is, zal worden bezien in hoofdstuk 6 nadat nog meer wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zijn onderzocht.

#### *iv. Jurisprudentie*

In tegenstelling tot de meeste bijzondere strafwetgeving worden de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen uit de Arbeidsomstandighedenwet incidenteel wel aangetroffen in jurisprudentie. De bepalingen staan in de meeste gevonden uitspraken echter, zoals hieronder nog zal blijken, niet zelfstandig centraal. Daarnaast is één uitspraak gevonden waarin wel de zorgplichtbepaling aan de orde was in de vorm van de voorloper van art. 8 Arbowet, te weten art. 6 Arbowet (oud).

#### *Art. 8 lid 1, 2 en 3 Arbeidsomstandighedenwet*

In de uitspraak *Rechtbank Den Bosch, 17 februari 2009, LJN BH2985* is een rechtspersoon veroordeeld voor de primair ten laste gelegde schending van art. 32 Arbowet. Aan de subsidiair ten laste gelegde dood door schuld (art. 307 Sr) werd niet toegekomen. Deze uitspraak is tevens van belang voor het rechtstreeks corporatief ouderschap dat in hoofdstuk 7 wordt besproken. In art. 32 Arbowet is geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin opgenomen waarop voorliggend onderzoek betrekking heeft. Het werkwoord ‘zorgen’ (of een afgeleide daarvan) komt daarin niet als gedragsbestanddeel terug. In de betreffende bepaling is strafbaar gesteld een handeling of nalaten in strijd met de bepalingen van de Arbeidsomstandighedenwet, waarbij als aanvullende voorwaarde wordt verlangd dat de verdachte wist of redelijkerwijs had moeten weten dat levensgevaar of ernstige schade aan de gezondheid van de werknemers te verwachten was. Gezien dit laatste is art. 32 Arbowet bedoeld voor ernstige gevallen, hetgeen ook blijkt uit het zijn aangeduid als misdrijf in het tweede lid. Eén van de bepalingen waarmee in casu in strijd was nagelaten, betrof art. 8 lid 1 en 2 Arbowet. Hoewel ook voor op zichzelf staande schending van art. 8 Arbowet had kunnen worden vervolgd (mits aan de vereisten daarvoor zou zijn voldaan via art. 33 lid 1 en 3 Arbowet juncto art. 1 onder 3 WED), is voor die mogelijkheid – waarschijnlijk gezien de ernst van het feit – niet gekozen. Het in casu bewezenverklaarde, zou uiteindelijk moeten opleveren dat in strijd met de bepalingen uit de Arbeidsomstandighedenwet was nagelaten (art. 32 Arbowet). Aangezien art. 32 Arbowet geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is, bestond geen ruimte voor een uitwijding ten aanzien van een eventuele bijzondere

invulling van de zorggedraging. Wel is stilgestaan bij functioneel ouderschap.<sup>368</sup> Al met al werd de zorgplichtbepaling waar het in onderhavige paragraaf om te doen is – art. 8 Arbowet – slechts genoemd en niet gebruikt als grondslag voor de strafvervolgning of het ouderschap. Een vergelijkbaar juridisch geval deed zich voor in *Rechtbank Den Haag, 20 maart 2006, LJN AV5904*.<sup>369</sup> De feitelijke casus was geheel anders. In deze Haagse uitspraak stond een dodelijke brand in het Catshuis centraal. Ten laste was gelegd zowel de schending van art. 8 Arbowet, als de schending van art. 32 Arbowet. Uiteindelijk vond een partiële vrijspraak plaats. De rechter sprak vrij van de zelfstandig ten laste gelegde wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin art. 8 lid 1 Arbowet. De schending van art. 32 Arbowet in combinatie met onder andere art. 8 lid 4 Arbowet (dat geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling is) werd bewezenverklaard. Wederom was sprake van *toerekening* van gedragingen aan de rechtspersoon. Dezelfde verhouding tussen art. 8 en 32 Arbowet was te herkennen in *Rechtbank Almelo, 12 mei 2005, LJN AT5449*. In de tenlastelegging was nog wel het werkwoord ‘zorgen’ uit art. 8 lid 1 Arbowet opgenomen, maar dat bestanddeel kwam niet meer terug in de bewezenverklaring die resulteerde in veroordeling voor schending van alleen art. 32 Arbowet. Vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van *Rechtbank Dordrecht 25 oktober 2007, LJN BB6505*.

*Hoge Raad 9 september 2003, LJN AF8565*

Over de voorloper van art. 8 Arbowet (art. 6 Arbowet (oud)) ging een uitspraak van de Hoge Raad die is gedaan een maand voordat het Zijpe-arrest werd gewezen, maar opvallend genoeg een dag na het Zijpe-arrest werd gepubliceerd.<sup>370</sup> In het arrest kwamen een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin (het toenmalige art. 6, zijnde het huidige art. 8, Arbowet) en een rechtspersoon voor.<sup>371</sup> In de betreffende uitspraak werd niet gesproken over toerekenen, sfeer van de rechtspersoon of enig andere voorwaarde die in het overzichtsarrest van een maand later wel was opgenomen. Over de zorgplichtbepaling werd door de Hoge Raad meegegeven dat de tenlastelegging die de partiële nietigverklaring overleefde voldoende feitelijk was. Het stuk uit de tenlastelegging dat begon met ‘immers’ en waarin de zorgplichtschending nader werd gespecificeerd, achtte het Hof innerlijk tegenstrijdig en onduidelijk. Dat gedeelte kon daarom worden geschrapt. Desondanks was tot een veroordeling gekomen op basis van de tenlaste-

<sup>368</sup> De rechtbank heeft onder de kop ‘Ouderschap van de rechtspersoon’ overwogen dat het strafbare handelen aan de rechtspersoon kon worden *toegerekend*. Daarbij is overigens gebruik gemaakt van het begrip ‘zorg’ zoals dat door de Hoge Raad in het Zijpe-arrest als invulling van de IJzerdraad-criteria werd voorgesteld. Het ging hier – voor de duidelijkheid – om de toerekeningsconstructie van functioneel ouderschap en niet om de ‘zorg’ als gedragsbestanddeel in een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin (zie paragraaf 3.2.3.1 en hoofdstuk 6).

<sup>369</sup> Het ontbreken van een tenlastelegging of daarop gespitste bewezenverklaring maakt de interpretatie van het vonnis overigens niet eenvoudiger.

<sup>370</sup> Hoge Raad 9 september 2003, LJN AF8565.

<sup>371</sup> Idem.

legging die overbleef en niet meer inhield dan dat

*“zij, op of omstreeks 18 oktober 1999 te Amsterdam, als werkgever van [betrokkene] toen deze (als steigerbouwer) arbeid verrichtte aan/met een rolsteiger op de Houtmankade, er niet (voldoende) voor heeft zorg gedragen dat, zo dikwijls als die in verband met de veiligheid, de bescherming van de gezondheid en de bevordering van het welzijn in verband met de arbeid noodzakelijk is/was, meergenoemde [betrokkene] doeltreffend werd/was ingelicht over de aard van zijn werkzaamheden en de daaraan verbonden gevaren, alsmede over de maatregelen die erop gericht zijn deze gevaren te voorkomen of te beperken; immers was genoemde [betrokkene] niet voldoende opgeleid voor het monteren, demonteren en/of verplaatsen van (rol)steigers, danwel had geen (voldoende) voorlichting of onderricht gehad voor de door hem uit te voeren werkzaamheden aan/met die rolsteiger”.*<sup>372</sup> [Doorhaling van mijn hand – BK]

Het niet doorgehaalde deel is wat overbleef na de partiële nietigverklaring en houdt een vrij letterlijke weergave in van de betreffende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Het Hof overwoog dat *“aan de aldaar gebruikte bewoordingen – hoewel ontleend aan de normstelling zoals geformuleerd in het eerste lid van artikel 6 (oud) van de Arbeidsomstandighedenwet – mede feitelijke betekenis toekomt”*.<sup>373</sup> De Hoge Raad achtte dat oordeel niet slechts ‘niet onbegrijpelijk’. De Hoge Raad overwoog dat het Hof had geoordeeld *“dat aan het na de gedeeltelijke nietigverklaring aan art. 6 (oud) Arbeidsomstandighedenwet ontleende resterende deel van de tenlastelegging mede feitelijke betekenis toekomt. Dat oordeel is juist”*.<sup>374</sup> Aldus is door de Hoge Raad de veroordeling van een rechtspersoon in stand gelaten, waarin sprake was van een niet nader ingevulde zorggedraging. De enkele schending van de zorgplicht was voldoende. Ter beantwoording in het volgende hoofdstuk rijst hier de vraag of daardoor een nadere gedraging in traditionele zin (i.e. in de vorm van een doen en/of laten) niet hoefde te worden uitgewerkt. In de tenlastelegging stond slechts dat de zorgplicht was geschonden. De enige tenlastegelegde gedraging was het ‘niet zorgen’, de andere onderdelen van de tenlastelegging betroffen omstandigheden die vereist waren voor toepassing van de bepaling. Ter verduidelijking: dat een medewerker ‘arbeid verrichtte’ is slechts van belang voor het toepasselijk zijn van de Arbeidsomstandighedenwet. Dat ‘arbeid verrichten’ is uiteraard niet de gedraging die daderschap kan opleveren. Het is daarentegen de met het werkwoord ‘zorgen’ samenhangende situatie die aan het strafrechtelijk daderschap ten grondslag ligt.

#### *v. Tussenstand*

De in het bovenstaande gemaakte opmerkingen gelden ten dele ook voor de in

<sup>372</sup> Idem, r.o. 3.5.

<sup>373</sup> Idem, r.o. 3.5.

<sup>374</sup> Idem, r.o. 3.6.

het onderstaande nog te bestuderen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de Arbeidsomstandighedenwet. In de betreffende paragrafen zal ter voorkoming van een overbodige overlap de bespreking van de strafrechtelijke geschiedenis van de Arbeidsomstandighedenwet achterwege worden gelaten. Hoewel tegenwoordig in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet de nadruk niet bepaald op het strafrecht ligt, kan in de historisch verder gelegen wetsgeschiedenis wel een en ander worden aangetroffen betreffende de plaats en positie van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Interessant is dat men geen ander middel zag dan het ultimum remedium van de strafrechtelijke leedtoevoeging. Aan de basis van die opvatting lijkt met name de vermeend preventieve werking van het strafrecht te hebben gestaan. Daarnaast werd een indicatie voor de materieelrechtelijke positie van het zorgen gevonden. De Minister had de stelling betrokken dat juridisch geen verschil bestaat tussen de termen 'naleven', 'in acht nemen' en 'moeten' enerzijds, tegenover 'zorgen voor' anderzijds. In navolging van een aantal kamerleden dat deze stelling aanvocht, kan worden volgehouden dat de stelling van de Minister de juridische toets der kritiek niet kan doorstaan. Een derde belangwekkend punt is dat ten aanzien van de betekenis van het bijvoeglijk naamwoord 'doeltreffend' duidelijk is geworden dat dat adjectief geen betrekking heeft op de kleur van de verschillende zorgbestanddelen van art. 8 Arbowet. Het slaat slechts op de door de werkgever aangeboden informatie en onderricht. Die moeten, om doeltreffend te zijn, worden afgestemd op de werknemers. De werkgever zorgt ervoor dat de werknemers (doeltreffend) worden ingelicht en dat aan de werknemers (doeltreffend en aangepast) onderricht wordt verstrekt. Tot slot is een arrest van het Hof door de Hoge Raad bevestigd waarin sprake was van een niet nader ingevulde zorggedraging. De enkele schending van de zorgplicht lijkt voldoende te zijn geweest voor totstandkoming van in ieder geval het ouderschap. Daarop voortbouwend is de vraag die in hoofdstuk 6 aan de orde zal zijn of onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds een gedraging in meer traditionele zin en anderzijds het zorgbestanddeel dat mogelijk zou kunnen inhouden dat het strafrechtelijk ouderschap ontstaat zonder gedraging. Vanaf die springplank doemt de vraag op naar de rechtstatelijke houdbaarheid van een dergelijke constructie. Was immers in hoofdstuk 2 en 3 niet aangevoerd dat in een democratische rechtsstaat het ius puniendi hooguit zou mogen worden uitgeoefend indien sprake is van een gedraging (in – wat genoemd zou kunnen worden – de 'meer traditionele zin van het complex van doen en/of laten')?

#### **5.3.3.1.4 Art. 11 Arbeidsomstandighedenwet – 'zorg te dragen'**

Art. 11 Arbowet luidt als volgt. *"De werknemer is verplicht om in zijn doen en laten op de arbeidsplaats, overeenkomstig zijn opleiding en de door de werkgever gegeven instructies, naar vermogen zorg te dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid en die van de andere betrokken personen. Met name is hij verplicht om:*

- a. arbeidsmiddelen en gevaarlijke stoffen op de juiste wijze te gebruiken;*
- b. de hem ter beschikking gestelde persoonlijke beschermingsmiddelen op de juiste*



wijze te gebruiken en na gebruik op de daartoe bestemde plaats op te bergen, een en ander voor zover niet krachtens deze wet is bepaald dat werknemers niet verplicht zijn beschermingsmiddelen als vorenbedoeld te gebruiken;

c. de op arbeidsmiddelen of anderszins aangebrachte beveiligingen niet te veranderen of buiten noodzaak weg te halen en deze op de juiste wijze te gebruiken;

d. mede te werken aan het voor hem georganiseerde onderricht bedoeld in artikel 8;

e. de door hem opgemerkte gevaren voor de veiligheid of de gezondheid terstond ter kennis te brengen aan de werkgever of degene die namens deze ter plaatse met de leiding is belast;

f. de werkgever en de werknemers en de andere deskundige personen, bedoeld in artikel 13, eerste tot en met derde lid, de personen, bedoeld in artikel 14, eerste lid, en de arbodienst, indien nodig bij te staan bij de uitvoering van hun verplichtingen en taken op grond van deze wet.”

Art. 33 lid 1, 3 en 5 Arbowet luiden als volgt. “1. Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen 3, 4, eerste lid, 5, 8, 9, eerste en tweede lid, 11, 13, eerste tot en met vierde lid, negende en tiende lid, 14, eerste, tweede en zevende lid, 14a, tweede, derde en vierde lid, 15, eerste en derde lid, 18 en 19. Ter zake van de overtredingen, bedoeld in de vorige zin, kan een bestuurlijke boete worden opgelegd van de eerste categorie. [...]

3. Een overtreding als bedoeld in het eerste of tweede lid wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van die overtreding voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke bepaling een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden. [...]

5. Het strafbaar feit, bedoeld in het derde lid, is een overtreding in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de economische delicten.”

Art. 1 onder 3 WED luidt als volgt. “Economische delicten zijn: [...] 3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Arbeidsomstandighedenwet, de artikelen 6, eerste lid, eerste volzin, 10, 28, zesde lid, 32 en de handeling of het nalaten, bedoeld in artikel 33, derde lid alsmede – voorzover aangewezen als strafbare feiten – de artikelen 6, eerste lid, tweede volzin, en 16, tiende lid.[...]”

Art. 2 lid 3 WED luidt als volgt. “3. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 3°, zijn misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij in de desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt.”

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. “1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.”

*i. Strafbepaling*

Art. 11 Arbowet wordt in art. 33 lid 5 Arbowet als overtreding aangemerkt. Daar sluit de Wet op de economische delicten bij aan (art. 1 onder 3 WED juncto art. 2 lid 3 WED). Gezien art. 6 lid 1 onder 4 WED kan dit economisch delict worden gesanctioneerd met hechtenisstraf van hoogstens zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De geadresseerde van art. 11 Arbowet is de werknemer. Zorgplichten rusten in de Arbeidsomstandighedenwet dus niet louter op de werkgever. De werknemer is verplicht om op de arbeidsplaats, conform instructies van de werkgever en opleiding, naar vermogen zorg te dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid en die van de andere betrokken personen. Deze zorgplicht uit de eerste volzin van art. 11 Arbowet wordt vervolgens uitgewerkt. Door de wetgever wordt opgesomd waartoe de werknemer met name verplicht is. Het gaat onder meer om arbeidsmiddelen en gevaarlijke stoffen op de juiste wijze gebruiken en meewerken aan het voor de werknemer georganiseerde onderricht (uit art. 8 Arbowet).

*ii. Opmerkelijkheden*

Een opvallend punt in de memorie van toelichting is dat nog maar eens wordt herhaald wat al in de bepaling zelf stond, namelijk dat het beoogde gedrag van de werknemer op de arbeidsplaats niet alleen gericht moet zijn op zijn eigen bescherming “*maar ook op die van andere betrokken personen*”.<sup>375</sup> Naast dat een zinsnede van gelijke strekking ook al was opgenomen in de voorloper van de bepaling in de Arbeidsomstandighedenwet van 1980 zodat een toelichting een paar decennia later niet noodzakelijk was, en naast dat deze ene daaraan gewijde zin in de memorie van toelichting nagenoeg dezelfde omvang heeft als de letterlijke wettekst (zodat feitelijk geen sprake is van een toelichting), moet erop worden gewezen dat in de bepaling zelf een lidwoord staat opgenomen dat weer niet in de memorie van toelichting staat. Het is de vraag of er verschil is tussen de wettekst ‘*de andere betrokken personen*’ en de toelichting ‘*andere betrokken personen*’ (zonder *de*). De variant inclusief lidwoord zou mogelijk een beperkter, want lichtelijk specifiekere, bereik kunnen hebben dan de variant exclusief lidwoord. De vraag rijst op welke ‘andere betrokken personen’ de bepaling ziet. Uit de nationale wetsgeschiedenis blijkt daaromtrent niets. Mogelijk biedt de Europese achtergrond van de bepaling uitkomst.<sup>376</sup> Kijkend naar andere taalversies valt op dat bijvoorbeeld in het Engelse art. 13 lid 1 van de Richtlijn<sup>377</sup> staat “*It shall be the responsibility of each worker to take care as far as possible of his own safety and*

---

<sup>375</sup> Kamerstukken II, 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 34.

<sup>376</sup> Art. 11 Arbowet zou tegenwoordig zijn ontleend aan art. 13 lid 1 Richtlijn nr. 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PbEG 1989 L 183/1).

<sup>377</sup> Richtlijn nr. 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PbEG 1989 L 183/1).

*health and that of other persons affected by his acts or omissions [...]*”.<sup>378</sup> In vergelijking met de Nederlandse versie kan worden betwijfeld of ‘de andere betrokken personen’ wel hetzelfde betekent als het bestanddeel ‘other persons affected by his acts or omissions’. Het eerste deel van de Franse tekst luidt “*Il incombe à chaque travailleur de prendre soin, selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions [...]*”. Het rust op iedere werknemer te zorgen voor, naar gelang zijn mogelijkheden, zijn veiligheid en zijn gezondheid en ook voor die van andere betrokken personen wegens zijn handelingen en omissies. In de Duitstalige versie kent hetzelfde onderdeel van art. 13 lid 1 van de Richtlijn de volgende redactie. “*Jeder Arbeitnehmer ist verpflichtet, nach seinen Möglichkeiten für seine eigene Sicherheit und Gesundheit sowie für die Sicherheit und die Gesundheit derjenigen Personen Sorge zu tragen, die von seinen Handlungen oder Unterlassungen [...] betroffen sind [...]*”. In de Duitse versie wordt evenals in de Nederlandse versie letterlijk gesproken over een verplichting. In de Engelse en Franse versie is een ‘obligation’ daarentegen ver te zoeken. Het meest voorname Nederlandse verschil met de internationale versies, is dat de zorg voor de veiligheid van anderen in de omringende landen expliciet lijkt te worden beperkt tot personen die door het feit of de gebeurtenis worden geraakt. In Nederland lijkt met ‘de andere betrokken personen’ echter gekozen voor een ruimer bereik, namelijk een bereik dat losstaat van de art. 11 Arbowet schendende gebeurtenis. De oorzaak zou kunnen zijn dat het ‘doen en laten van de werknemer’ in de Nederlandse bepaling naar voren is gehaald, terwijl dat in Duitsland, Engeland en Frankrijk tegelijkertijd wordt gekoppeld aan andere personen die erdoor worden geraakt. Omdat alle vertalingen autonoom zijn in de betreffende lidstaat heeft deze juridische scherp-slijperij geen inhoudelijke consequenties. Dat maakt het echter niet minder boeiend. De kanttekening voor Nederland mag zijn dat in de memorie van toelichting betreffende art. 11 eerste volzin Arbowet, als enige aanleiding voor de wijziging van het artikel in 2006 een Europese Richtlijn wordt genoemd, maar dat de toelichting van die bepaling bij de implementatie in de nationale wetgeving niet optimaal is verlopen. Onder ‘de betrokken andere personen’ moet, tegen de achtergrond van anderstalige Europese versies van de betreffende richtlijn, worden verstaan de personen die betrokken zijn bij het doen en laten van de werknemer op de arbeidsplaats. Voor de veiligheid en gezondheid van die personen is de werknemer verplicht naar vermogen zorg te dragen. Daarnaast geldt deze verplichting voor de eigen veiligheid en gezondheid van de werknemer in kwestie.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In de Arbeidsomstandighedenwet van 1998 stonden in de eerste zin van art. 11 Arbowet in feite twee verplichtingen voor de werknemer opgenomen. Ten eerste werd de werknemer verplicht ‘de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in

<sup>378</sup> In de EUR-LEX versie staat in plaats van ‘omissions’ opgenomen ‘commissions’. Gezien de Duitse, Franse en Nederlandse versies zal het een verschrijving zijn.

acht te nemen' en ten tweede werd de werknemer verplicht 'naar vermogen zorg te dragen'.<sup>379</sup> In de oorspronkelijke versie uit de jaren tachtig was alleen eerstgenoemde verplichting (tot nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid) in de eerste zin van het toenmalige twaalfde artikel neergelegd.<sup>380</sup> Daarin stond dus nog geen zorggedraging. Sinds 2006 staat juist alleen de verplichting met het bestanddeel 'zorg dragen' nog in de eerste zin opgenomen.<sup>381</sup> Alledrie de versies hadden overeenkomstig dat zij in de subonderdelen werden gevolgd door voorschriften waartoe de werknemer 'met name verplicht' was. De werknemer werd en wordt bijvoorbeeld verplicht arbeidsmiddelen en gevaarlijke stoffen op de juiste wijze te gebruiken (sub a). In het navolgende wordt niet op de subonderdelen maar op de eerste volzin van het artikel toegespitst, waarin in eerste instantie niet, maar later wel, een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de hier voorgestane zin kon worden teruggevonden. Met de oudste beginnend, hebben in chronologische volgorde de verschillende versies van de eerste volzin van art. 11 Arbowet als volgt geluid.

*"Art. 12 – Onverminderd het elders bij of krachtens deze wet bepaalde zijn de werknemers verplicht in verband met de arbeid de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in acht te nemen ter vermijding van gevaren voor de veiligheid of de gezondheid van hen zelf of van anderen dan wel met het oog op hun welzijn."* (1980)

*"Art. 11 – De werknemer is verplicht om in verband met de arbeid de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in acht te nemen en naar vermogen zorg te dragen voor de eigen veiligheid en gezondheid en die van andere personen."* (1998)

*"Art. 11 – De werknemer is verplicht om in zijn doen en laten op de arbeidsplaats, overeenkomstig zijn opleiding en de door de werkgever gegeven instructies, naar vermogen zorg te dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid en die van de andere betrokken personen."* (2006)

Gezien deze verschillende generaties eerste volzinnen kan art. 11 Arbowet pas vanaf 1998 worden beschouwd als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in de zin van voorliggend onderzoek. De versie uit 1980 was weliswaar strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten, maar bevatte niet het werkwoord 'zorgen' (of een afgeleide daarvan) als gedragsbestanddeel. Voor wat betreft de wetsgeschiedenis van de versie van de eerste zin van art. 11 Arbowet uit 2006, kan worden opgemerkt dat de gewijzigde formulering volgens de wetgever tot gevolg heeft dat de bepaling nu geheel aansluit bij art. 13 lid 1 van de Richtlijn.<sup>382</sup>

---

<sup>379</sup> Wet van 18 maart 1999, *Stb.* 1999, 184, p. 7.

<sup>380</sup> Wet van 8 november 1980, *Stb.* 1980, 664, p. 10.

<sup>381</sup> Wet van 30 november 2006, *Stb.* 2006, 673, p. 4. In werking per 1 januari 2007, *Stb.* 2006, 675.

<sup>382</sup> Richtlijn nr. 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de

In dat dertiende artikel van de richtlijn stond namelijk niet de zinsnede ‘in verband met de arbeid de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in acht nemen’.<sup>383</sup> Deze zinsnede is in het gewijzigde art. 11 Arbowet vanaf 2006 dan ook niet meer opgenomen. Zo is volgens de wetgever “*een betere afstemming gerealiseerd*”.<sup>384</sup> Dat is op zichzelf opmerkelijk omdat de oorspronkelijke formulering al met de Arbeidsomstandighedenwet van 1980 tot stand was gekomen voordat de richtlijn bestond en daarover misschien ook wel door andere personen was nagedacht. Bijzonder vanzelfsprekend kan het schrappen van de – vermoedelijk verondersteld archaïsche en daardoor vermeend achterhaalde – redactie dan ook niet worden genoemd. Of met de wijziging van art. 11 Arbowet in 2006 inderdaad een betere afstemming met de richtlijn is gerealiseerd, zou in vergelijking met andere taalversies kunnen worden betwijfeld. De letterlijk opgevatte zorggedraging in de Engelstalige lidstaten lijkt namelijk verder te reiken: ‘to take care *as far as possible*’ in plaats van het Nederlandse ‘zorg dragen *naar vermogen*’. Een ander punt dat terzijde opvalt is dat in de Engelstalige versie niet wordt gesproken van ‘ensure’, zoals in eerder besproken andere Europese regelingen het geval was maar van ‘take care’ als evenknie van het werkwoord ‘zorg’. ‘Ensure’ klinkt als garanderen of verzekeren misschien wel zwaarder dan ‘take care,’ maar komt in Nederland steeds terug als ‘zorgen’ (of een afgeleide daarvan met dezelfde betekenis). Daarmee dient zich mogelijk wel een aanwijzing omtrent de betekenis van het zorgen aan. Zouden zorgplichtbepalingen een soort ‘garantie-bepalingen’ kunnen zijn? Die implicatie dient zich ook aan bij de lezing van andere taalversies: in de Franse versies ‘veillent’ (verzekeren) en in de Duitse versies ‘sicher stellen’ (veilig/zeker stellen). Daarmee is mogelijk een indicatie voor de inhoud van de term gegeven. Wat betekent een ‘garandeer’-achtige redactie voor het materiële strafrecht in de Nederlandse rechtsstaat? Bij dergelijke vragen wordt stilgestaan in hoofdstuk 6 waarin alle aanwijzingen omtrent de werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden samengesmolten.

#### *Zorggedraging van art. 11 Arbowet tussen 1998 en 2006*

De wijziging in 2006 van de versie uit 1998 heeft aldus in ieder geval wel ertoe geleid dat de eerste volzin meer in lijn is met de Richtlijn dan tussen 1998 en 2006 het geval was. De versie uit 1998 was immers slechts een soort samentrekking van de toepasselijke Richtlijn en de reeds bestaande regeling uit 1980. Toen in 1998 in navolging van de Richtlijn het werkwoord ‘zorgen’ als gedragsbestanddeel werd opgenomen in wat toen art. 12 Arbowet (oud) was, is daarover merkwaardigerwijs gezegd dat de bepaling onveranderd was gebleven en exact hetzelfde luidde als voordien.<sup>385</sup> De eerste volzin van art. 12 Arbowet (oud) luidde “*Onverminderd het elders bij of krachtens deze wet bepaalde zijn de werknemers*

---

werknemers op het werk (*PbEG* 1989 L 183/1).

<sup>383</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 34.

<sup>384</sup> *Idem*.

<sup>385</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 40.

*verplicht in verband met de arbeid de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in acht te nemen ter vermindering van gevaren voor de veiligheid of de gezondheid van hen zelf of van anderen dan wel met het oog op het welzijn*". De voorgestelde eerste volzin van art. 11 Arbwet kreeg daarentegen deze redactie: "*De werknemer is verplicht om in verband met de arbeid de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in acht te nemen en naar vermogen zorg te dragen voor de eigen veiligheid en gezondheid en die van andere personen*".<sup>386</sup> Deze nieuwe vormgeving sloot gezien de tekst expliciet aan bij de Richtlijn uit 1989.<sup>387</sup> Daarop duidt ook de in het voorgaande al besproken memorie van toelichting bij de wijziging in 2006 van de eerste volzin van art. 11 Arbwet waar wordt gesteld dat de tekst nog beter aansluit bij de Richtlijn.<sup>388</sup> De verantwoording in de memorie van toelichting voor de wijziging van 1998 is opmerkelijk omdat in de enige twee zinnen toelichting niet wordt gesproken over de richtlijn.<sup>389</sup> Om te beginnen wordt in de eerste toelichtende zin de aanhef van de vorige generatie van het artikel herhaald door slechts te overwegen dat in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet de werknemers een eigen verantwoordelijkheid hebben om in verband met de arbeid de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in acht te nemen ter vermindering van gevaren.<sup>390</sup> Vervolgens en tot slot wordt opgemerkt: "*Naast de verplichtingen die zijn opgenomen in het onderhavige artikel (dat overigens vrijwel hetzelfde luidt als het betreffende artikel uit de bestaande wet) zijn er ook in het Arbeidsomstandighedenbesluit verplichtingen voor de werknemers opgenomen*".<sup>391</sup> Met name de opmerking ten overvloede dat de voorgestelde bepaling hetzelfde luidt als het betreffende artikel in de toenmaals vigerende wet is opvallend aangezien tussen die bepalingen grote verschillen in de hoedanigheid van de zorggedraging zitten. Het gat in de toelichting wordt veroorzaakt door het gebrek aan tekst en uitleg over de betekenis van het bestanddeel uit art. 13 lid 1 van de richtlijn dat de zorggedraging inkleurt: het zorg dragen '*selon ses possibilités*', '*nach seinen Möglichkeiten*', '*as far as possible*' respectievelijk '*naar vermogen*'. De Engelse geadresseerde lijkt het zwaarder te hebben dan zijn Duitse, Franse en Nederlandse evenknie. Vermoedelijk is het '*as far as possible*' afhankelijk van de capaciteiten van de geadresseerde en niet een absolute '*as far as possible*'. Uit de nationale wetsgeschiedenis blijkt niets. In de richtlijn staat in artikel 13 lid 1 vanaf het begin op 12 juni

<sup>386</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 2, p. 7.

<sup>387</sup> Richtlijn nr. 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (*PbEG* 1989 L 183/1).

<sup>388</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 34.

<sup>389</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 40.

<sup>390</sup> Deze tekst staat reeds vanaf 1980 in de Arbeidsomstandighedenwet opgenomen maar kon nog niet worden gezien als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. In dat licht zal de betreffende wetsgeschiedenis hier buiten beschouwing worden gelaten. Overigens kennen kennelijk de bestanddelen '*de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid in acht nemen*' in vergelijking met '*zorg dragen*' een andere betekenis aangezien ze een tijd lang niet onbewust naast elkaar waren geplaatst in art. 11 Arbwet (oud – 1998).

<sup>391</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 40. Toen nog betrekking hebbend op artikel 18, het latere artikel 19.

1989 de zinsnede ‘naar vermogen zorg dragen’ opgenomen. In de Europese totstandkomingsgeschiedenis is het ‘zorg dragen’ niet toegelicht.<sup>392</sup>

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin in art. 11 Arbowet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Kort weergegeven blijkt met art. 11 Arbowet in het strafrecht wederom een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin voor te komen waarvan het bestaan en de vormgeving weinig vanzelfsprekend zijn. Desondanks – zo volgt uit het voorgaande – heeft dat gebrek aan vanzelfsprekendheid, niet de wetgever ertoe gebracht nadrukkelijk de materieelrechtelijke inhoud door te lichten. Opvallend is de Engelse tekst geweest van de richtlijn waaraan art. 11 Arbowet is ontleend. Daaruit lijkt voorzichtig te mogen worden afgeleid dat zorgen een betekenis zou kunnen hebben van ‘garanderen’ of ‘verzekeren’. Daardoor rijst de vraag in welke mate bij de zorggedraging nog sprake is van een traditionele gedraging in de vorm van een doen of laten. Die vraag doet de vervolgvraag rijzen wat het voor het ius puniendi in een democratische rechtsstaat (hoofdstuk 2) zou betekenen indien leed kan worden toegevoegd zonder dat sprake is van een gedraging (hoofdstuk 6).

#### **5.3.3.1.5 Art. 19 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet – ‘zorgen ervoor’**

Art. 19 lid 2 Arbowet luidt als volgt. “2. *Alvorens werkzaamheden behorende tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie aanvangen zorgen de werkgevers ervoor dat schriftelijk is vastgelegd op welke wijze zal worden samengewerkt, welke voorzieningen daarbij zullen worden getroffen en op welke wijze op die voorzieningen toezicht zal worden uitgeoefend.*”

Art. 33 lid 1, 3 en 5 Arbowet luiden als volgt. “1. *Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen 3, 4, eerste lid, 5, 8, 9, eerste en tweede lid, 11, 13, eerste tot en met vierde lid, negende en tiende lid, 14, eerste, tweede en zevende lid, 14a, tweede, derde en vierde lid, 15, eerste en derde lid, 18 en 19. Ter zake van de overtredingen, bedoeld in de vorige zin, kan een bestuurlijke boete worden opgelegd van de eerste categorie. [...]*

3. *Een overtreding als bedoeld in het eerste of tweede lid wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van die*

<sup>392</sup> Opvallend is wel dat in de eerste voorgestelde versie het artikel de redactie had gekregen ‘behoorlijk zorg dragen’ in plaats van ‘naar vermogen zorg dragen’. De reden voor deze omslag is evenmin in de Europese wetsgeschiedenis te achterhalen. Vergelijk voorstel Commissie; COM 88/0073 def. p. 13, voorstel Commissie; COM 88/0802 def. p. 29, voorstel Commissie; COM 89/0281 def. p. 3 en 19, Advies Economisch en Sociaal Comité, PB 1988 C 175/22-25, samenwerkingsprocedure advies Europees Parlement, PB 1988 C 326/96, Samenwerkingsprocedure besluit Europees Parlement, PB 1989 C 158/135-136.

*overtreding voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke bepaling een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden. [...]*

*5. Het strafbaar feit, bedoeld in het derde lid, is een overtreding in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de economische delicten."*

Art. 1 onder 3 WED luidt als volgt. *"Economische delicten zijn: [...] 3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Arbeidsomstandighedenwet, de artikelen 6, eerste lid, eerste volzin, 10, 28, zesde lid, 32 en de handeling of het nalaten, bedoeld in artikel 33, derde lid alsmede- voorzover aangewezen als strafbare feiten – de artikelen 6, eerste lid, tweede volzin, en 16, tiende lid.[...]"*

Art. 2 lid 3 WED luidt als volgt. *"3. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 3°, zijn misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij in de desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt."*

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. *"1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie."*

#### *i. Strafbepaling*

In het eerste lid van art. 19 Arbowet staat dat indien in een bedrijf of een inrichting verschillende werkgevers arbeid doen verrichten (zoals vaak het geval is op een bouwterrein met verschillende aannemers en opdrachtgevers), zij onderling op doelmatige wijze samenwerken teneinde de naleving van het bij of krachtens de Arbeidsomstandighedenwet bepaalde te verzekeren. Met de bepaling moet worden voorkomen dat ten gevolge van verschillende arbeidssituaties, nadelige gevolgen ontstaan.<sup>393</sup> De terminologie 'bedrijf of inrichting waar werkgevers arbeid doen verrichten' impliceert volgens de staatssecretaris dat het ook gaat om arbeid die verricht wordt buiten het bedrijf, dus in andere gebouwen of zelfs in de openlucht.<sup>394</sup> Ingevolge art. 33 lid 3 juncto lid 1 Arbowet juncto art. 1 onder 3 WED is art. 19 Arbowet een economisch delict. Dit laatste geldt dus ook voor het tweede lid van artikel 19, dat zich van het eerste lid onderscheidt in het zijn van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling. Er is geen misdrijf variant. De sanctie die staat op het begaan van het delict is hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. Het tweede lid van art. 19 Arbowet is gericht tot verschillende werkgevers samen. Het tweede lid houdt in dat de geadresseerden, in bij algemene maatregel van bestuur bepaalde gevallen,

---

<sup>393</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 46. Toen nog betrekking hebbend op artikel 18, het latere artikel 19.

<sup>394</sup> *Handelingen II*, 1998, 16, p. 974. Toen nog betrekking hebbend op artikel 18, het latere artikel 19.



ervoor zorgen dat hun afspraken die op basis van het eerste lid moesten worden gemaakt, schriftelijk zijn vastgelegd. Er moet worden vastgelegd op welke wijze zal worden samengewerkt, welke voorzieningen daarbij zullen worden getroffen en op welke wijze op die voorzieningen toezicht zal worden uitgeoefend.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

Door de wetgever is aangegeven dat uit de huidige versie van het artikel op grond van aanwijzing 53 van de Aanwijzingen voor de regelgeving het werkwoord 'moeten' is verwijderd.<sup>395</sup> 'Moeten de werkgevers ervoor zorgen' is vervangen door 'zorgen de werkgevers ervoor'.

#### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Met betrekking tot het gehele art. 19 Arbowet is door de wetgever eind jaren negentig erop gewezen dat de bepaling identiek is aan de bepaling uit de toen reeds bestaande wet.<sup>396</sup> In 1980 werd het artikel opgenomen als bijzondere bepaling in art. 30 Arbowet (oud). Opmerkelijk daaraan was dat het eerste lid niet, maar het tweede lid wel, als economisch delict werd afgekondigd.<sup>397</sup> Tegenwoordig valt het gehele artikel binnen het bereik van het economisch strafrecht. Voor de voorgestelde nieuwe Arbeidsomstandighedenwet van 1980 werd de bepaling in eerste instantie artikelnummer 27 toegewezen.<sup>398</sup> De tekst was toen al nagenoeg hetzelfde als de eindversie. Over het tweede lid van het artikel meldt de memorie van toelichting dat de verplichting het betreffende schriftelijke document gezamenlijk op te stellen ertoe zal kunnen bijdragen dat de betrokken werkgevers – meer dan toen het geval was – de door hen te treffen veiligheidsmaatregelen goed op elkaar afstemmen.<sup>399</sup> Over art. 19 Arbowet zijn niet in het bijzonder strafrechtelijke afwegingen gemaakt. Wat dat betreft geldt hetgeen in het bovenstaande in het kader van art. 8 Arbowet in algemene zin werd opgemerkt over de Arbeidsomstandighedenwet.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 19 lid 2 Arbowet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Ook ten aanzien van deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin, art. 19 lid 2 Arbowet, wordt duidelijk dat de wetgever de laatste decennia niet heeft stilgestaan bij de combinatie van materieel strafrecht en zorggedraging. Mogelijk is het voor alle betrokkenen dermate duidelijk wat de inhoud is van het

<sup>395</sup> *Kamerstukken II*, 1999/00, 27 091, nr. 3, p. 6 en *Stb.* 2000, 595.

<sup>396</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 46. Toen nog betrekking hebbend op artikel 18, het latere artikel 19.

<sup>397</sup> Zie art. 57 Arbowet (oud), *Stb.* 1980, 664, p. 40.

<sup>398</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 2, p. 16.

<sup>399</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 47.

zorgen dat werd verondersteld dat een toelichting niet nodig was. Een andere mogelijkheid is dat de bijzondere wetgever er niet veel aan gelegen was hoe het zorgen als gedragsbestanddeel zou landen in het materiële strafrecht. Het zou ook kunnen zijn dat daar eenvoudigweg niet over is nagedacht. Wat de oorzaak voor de leemte ook precies mag zijn, van belang is dat ondertussen steeds duidelijker wordt dat over de materieel strafrechtelijke invulling van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, weinig tot niets van belang is overwogen.

#### **5.3.3.1.6 Tussenstand**

In de memorie van toelichting bij de Arbeidsomstandighedenwet van 1980, is in het inleidende gedeelte een aantal pagina's besteed aan de vergelijking met de Veiligheidswet 1934.<sup>400</sup> Daarin is uiteengezet waarom een geheel nieuwe wet in de vorm van de Arbeidsomstandighedenwet nodig was. Daarover is in het voorgaande zijdelings een en ander kort opgemerkt.<sup>401</sup> In de memorie van toelichting is benadrukt dat de Arbeidsomstandighedenwet een geheel eigen wet was met een andere aanpak dan de Veiligheidswet. Incidenteel zijn sommige bepalingen in de Arbeidsomstandighedenwet expliciet wel, en andere bepalingen expliciet niet, aan de Veiligheidswet 1934 en het cluster regelingen dat daarmee samenhang ontleend of daaruit overgenomen.<sup>402</sup> Ten aanzien van de huidige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, zijn dergelijke opmerkingen over het juist wel of juist niet aan de Veiligheidswet 1934 zijn ontleend, niet gemaakt. Dat komt deels doordat de meeste hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin in de Arbeidsomstandighedenwet van latere datum zijn. In art. 3 lid 1 Arbowet stond lange tijd 'de werkgever voert een zo goed mogelijk beleid', dat is pas in 2006 naar aanleiding van een Europese regeling gewijzigd in 'de werkgever zorgt voor [...] en voert daartoe beleid'. Art. 3 lid 3 Arbowet is pas strafbaar sinds 1999. Art. 8 lid 1, 2 en 3 Arbowet betrof volgens de wetgever in 1980 een 'geheel nieuwe regeling'. Art. 11 Arbowet bevat pas sedert 1999 een zorgbestanddeel, daarvoor stond de regeling in art. 12 Arbowet zonder 'zorgen'. Art. 19 lid 2 Arbowet is evenals art. 8 Arbowet van 1980. Laatstgenoemd artikel werd toentertijd in art. 6 Arbowet 1980 (oud) aangekondigd als (vrijwel) 'geheel nieuwe regeling'. Art. 19 Arbowet was eerst voorgesteld als artikel 27, maar werd uiteindelijk art. 30 Arbowet 1980 (oud). In 1999 kreeg art. 19 Arbowet het huidige artikelnummer. De bepaling lijkt geheel nieuw, zonder enige voorloper, in de Arbowet 1980 (oud) te zijn terechtgekomen. Zodoende zijn de huidige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die in onderhavige paragraaf zijn besproken, niet terug te voeren op de voorganger van de Arbeidsomstandighedenwet, de Veiligheidswet 1934.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 1-3.

<sup>401</sup> Zie met name de inleidende tekst van paragraaf 5.3.3.1.

<sup>402</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 21, 35, 41, 49, 52, 57 en 63.

<sup>403</sup> In de Veiligheidswet 1934 stonden wel een aantal zorgplichtbepalingen opgenomen, maar dat waren niet de voorlopers van de huidige zorgplichtbepalingen in de Arbeidsomstandighe-

*Inhoud van het zorgen en bewuste keuze voor strafrecht?*

Bij de strafrechtelijke zijde van art. 3 Arbowet is niet bepaald stilgestaan. Ten aanzien van art. 8 Arbowet is weinig meer te vinden dan dat men ermee rekening hield dat het strafrecht nodig zou zijn. Aan de basis van die opvatting lijkt met name de vermeend preventieve werking van het strafrecht te hebben gestaan. De wetgever heeft niet de materieelrechtelijke inhoud van de zorggedraging van art. 11 Arbowet doorgelicht. En voor wat betreft art. 19 lid 2 Arbowet, is eveneens duidelijk geworden dat de laatste decennia door de wetgever weinig tot geen aandacht is besteed aan de verhouding tussen materieel strafrecht, ouderschap en zorggedraging. Opnieuw is sprake van verschillende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die op ietwat schimmige gronden het strafrecht binnen zijn gekomen en waarvan niet duidelijk wordt of de wetgever zich op enig moment wel bewust is geweest van, of althans heeft gevraagd naar, de materieelrechtelijke betekenis van de tegenwoordig in de Arbeidsomstandighedenwet opgenomen strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Desondanks doken toch wel enige aanwijzingen op aan de hand waarvan later mogelijk een sluitende materieelrechtelijke werking aan het ouderschap bij zorgplichtbepalingen kan worden toegekend.

*Aanwijzingen betreffende de werking van zorgplichtbepalingen*

Hoewel tegenwoordig in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet de nadruk niet bepaald op het strafrecht ligt en via art. 33 lid 3 Arbowet uiteindelijk met een omweg de Wet op de economische delicten moet worden bereikt, worden in de wetsgeschiedenis wel enige bescheiden aanwijzingen gevonden ten aanzien van de mogelijke werking van strafrechtelijk ouderschap bij zorgplichtbepalingen. Onder het zorgen moet mogelijk meer worden gevat dan 'maatregelen nemen'. Dat volgde al eerder uit onder meer de wetsgeschiedenis van de al besproken Woningwet en daarvoor lijkt nu ook op Europees niveau een aanwijzing te zijn gevonden (art. 3 Arbowet). In de parlementaire geschiedenis is gediscussieerd of juridisch verschil bestaat tussen de termen 'naleven', 'in acht nemen' en 'moeten' enerzijds, tegenover 'zorgen voor' anderzijds. De slotsom lijkt te zijn dat daartussen wel verschillen bestaan en dat de termen niet zo eenvoudig onderling uitwisselbaar zijn als de Minister wilde doen vermoeden. De Engelse tekst van de richtlijn waarop art. 11 Arbowet is gebaseerd, biedt eveneens een aanwijzing omtrent de werking van het zorgen. Voorzichtig zou met de nodige voorbehouden kunnen worden gesteld dat zorgen daar een betekenis kreeg in de zin van 'garanderen' of 'verzekeren'.

*Problematisering*

Enerzijds tekent zich ondertussen steeds meer een leemte af die door de wetgever niet wordt opgevuld. Langzaamaan wordt duidelijker dat over de materieel

strafrechtelijke invulling van het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, bepaald weinig is meegegeven. Anderzijds rijst in hetzelfde tempo naar aanleiding van verscheidene uiteenlopende indicaties in de betreffende richting de vraag in hoeverre de zorggedraging nog een traditionele gedraging in de vorm van een doen of laten kan worden genoemd. Daardoor komt de vervolgvraag (ter beantwoording in hoofdstuk 6) op naar de betekenis voor het ius puniendi indien kan worden gesanctioneerd zonder dat sprake is van voormelde traditionele gedraging.

### 5.3.3.2 Arbeidstijdenwet

Halverwege de jaren negentig vond een bredere herziening van de tot dan toe geldende arbeidsregelgeving plaats.<sup>404</sup> De wijze waarop het (economisch) strafrecht op de Arbeidstijdenwet wordt betrokken, vertoont grote overeenkomsten met de in het voorgaande besproken Arbeidsomstandighedenwet. In art. 11:3 lid 1 Arbeidstijdenwet, dat ingevolge art. 1 onder 3 WED een economisch delict is, wordt verwezen naar de opsomming van bepalingen in art. 10:1 Arbeidstijdenwet. In laatstgenoemde bepaling staat opgenomen welke artikelen in geval van niet naleving een bestuursrechtelijke overtreding opleveren. In art. 11:3 lid 1 Arbeidstijdenwet staat dat het niet naleven van de in art. 10:1 Arbeidstijdenwet genoemde bepalingen, als strafbaar feit wordt aangemerkt indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van dat beboetbare feit<sup>405</sup> voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een beboetbaar feit bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden. Een en ander behoudens in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen.<sup>406</sup> Zodoende kent de Arbeidstijdenwet in de artikelen 11:3 en 10:1 dezelfde constructie als in de Arbeidsomstandighedenwet wordt aangetroffen in artikel 33 lid 1 en 3. De nadruk ligt ook in de Arbeidstijdenwet op het bestuursrecht.<sup>407</sup> Van de artikelen waarover art. 10:1 Arbeidstijdenwet zich

---

<sup>404</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 4.

<sup>405</sup> Interessant is dat hier de term beboetbaar feit nog staat. De bedoeling was immers deze term, die in art. 1:7 Arbeidstijdenwet (oud) werd gedefinieerd, te vervangen door de term 'overtreding' (aangezien die term algemener is dan beboetbaar feit). En voor zover de term 'overtreding' in de gegeven context tot onduidelijkheid zou leiden tussen strafrecht en bestuursrecht, zou worden gebruik gemaakt van 'een gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens deze wet'. Dat is dus niet gebeurd. *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 24-25. Vergelijk voorts *Stb.* 2009, 265, p. 73 en 78.

<sup>406</sup> Ingevolge art. 10:6 Arbeidstijdenwet wordt, in geval de gebeurtenis een strafbaar feit oplevert, geen bestuurlijke boete opgelegd.

<sup>407</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2002/03, 29 000, nr. 1 e.v. Zie tevens C.J. Loonstra, M.M. Koevoets & W.A. Zondag, 'Op de grens van strafrecht en arbeidsrecht', in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008, p. 245-284, zie p. 245-246 waaruit volgt dat – uitzonderingen daargelaten – het snijvlak strafrecht-arbeidsrecht in het algemeen op weinig belangstelling kan rekenen. Een uitzondering vormt J. van Drongelen en D.J.J. Korver, 'De arbeidstijdenwet: het systeem en de handhaving, ofwel over de grenzen van het strafrecht', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2003, p. 307-316. Het gaat daarin voornamelijk over de

uitstrekt, kan een drielat worden aangemerkt als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Het betreft art. 3:2 lid 1, 3:4 en 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet. Ten aanzien van art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet geldt onder omstandigheden een afwijkende regeling. Op basis van lid 2 van art. 11:3 Arbeidstijdenwet hoeft in bepaalde gevallen (te weten dat de kinderarbeid ernstig lichamelijk of geestelijk letsel of de dood ten gevolge heeft) voor het aanmerken van art. 3:2 lid 1 als strafbaar feit geen sprake te zijn van de recidiveregeling uit art. 11:3 lid 1 Arbeidstijdenwet.

#### *Plan van behandeling*

In het onderstaande wordt dezelfde aanpak gevolgd bij de bespreking van de achtergronden van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Eerst worden de bepalingen die de betreffende strafbaarstelling construeren letterlijk weergegeven. Daarna wordt (i) de strafbepaling algemeen besproken, (ii) bij opmerkelijkheden stilgestaan, (iii) de zorggedraging in de wetsgeschiedenis onderzocht en (iv) gekeken naar recente jurisprudentie. De volgorde van behandeling is art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet, dan art. 3:4 Arbeidstijdenwet en tot slot art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet.

#### **5.3.3.2.1 Art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet – ‘zorgt er voor’**

Art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet luidt als volgt. “1. *De verantwoordelijke persoon zorgt er voor, dat een kind geen arbeid verricht. [...]*”

Art. 10:1 Arbeidstijdenwet luidt als volgt. “*Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen 3:2, eerste en vierde lid, 3:3, tweede lid, 3:4, 3:5, eerste lid, 4:1, zesde lid, 4:3, eerste lid, 4:6, 5:3, eerste en tweede lid, 5:4, eerste lid, 5:5, eerste en tweede lid, 5:7, eerste en tweede lid, 5:8, eerste tot en met vijfde lid, zevende en negende lid, 5:9, eerste tot en met zevende lid, 5:14, derde lid, 5:15, zevende lid, 5:16, eerste lid, voor zover het niet naleven van dit artikellid een overtreding oplevert, 8:6, tweede lid, alsmede – voor zover aangeduid als overtredingen – de voorschriften krachtens de artikelen 2:7, eerste lid, 4:3, tweede tot en met vierde lid, 5:12, eerste en tweede lid, 8:1, vijfde lid, en 9:2, eerste lid, ten aanzien van het gebruik van middelen ten behoeve van het installeren, onderzoeken of herstellen van een apparaat als bedoeld in artikel 9:1, eerste lid.*”

Art. 11:3 lid 1, 2 en 4 Arbeidstijdenwet luiden als volgt. “1. *Het niet naleven van een bepaling, genoemd in artikel 10:1 wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van dat beboetbare feit voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een beboetbaar feit bestaande uit het niet*

---

opkomst van het bestuursstrafrecht. De bijzondere positie van zorgplichtbepalingen wordt in het artikel niet besproken.

*naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden, behoudens in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen.*

*2. Het niet naleven van artikel 3:2, eerste en vierde lid, en 3:3, tweede lid, wordt aangemerkt als een strafbaar feit indien een kind bij het verrichten van arbeid een ongeval overkomt dat ernstig lichamelijk of geestelijk letsel of de dood ten gevolge heeft of indien redelijkerwijs te verwachten is dat de hiervoor genoemde gevolgen aan het verrichten van arbeid zijn verbonden. [...]*

*4. Een strafbaar feit als bedoeld in dit artikel is een overtreding in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de economische delicten."*

Art. 1 onder 3 WED luidt als volgt. *"Economische delicten zijn: [...]3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: de Arbeidstijdenwet, artikel 8:3, eerste lid, en een niet naleven als bedoeld in artikel 11:3, eerste tot en met derde lid; [...]"*

Art. 2 lid 3 WED luidt als volgt. *"[...] 3. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 3°, zijn misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij in de desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt."*

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. *"1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie."*

#### *i. Strafbepaling*

Art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet wordt via de Wet op de economische delicten binnen het bereik van het strafrecht gebracht. In art. 1 onder 3 WED wordt namelijk art. 11:3 Arbeidstijdenwet genoemd. In 11:3 lid 2 Arbeidstijdenwet wordt art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet voor bepaalde gevallen direct genoemd en in art. 11:3 lid 1 Arbeidstijdenwet wordt art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet indirect genoemd via art. 10:1 Arbeidstijdenwet. Kort gezegd, is art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet (onder omstandigheden) een economisch delict. In art. 11:3 lid 4 Arbeidstijdenwet is neergelegd dat de in art. 11:3 Arbeidstijdenwet genoemde artikelen geen economisch misdrijf, maar een economische overtreding zijn in de zin van art. 2 lid 3 WED. Ingevolge art. 6 lid 1 onder 4 WED worden dergelijke economische delicten maximaal bestraft met hechtenis van zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De geadresseerde van art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet is 'de verantwoordelijke persoon'. Gelukkig is in art. 3:1 Arbeidstijdenwet uitgewerkt wie de verantwoordelijke persoon is: *"Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder verantwoordelijke persoon: a. de werkgever; b. een ieder, die over een kind het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent of in wiens huishouding een kind is opgenomen"*. Deze geadresseerden zorgen ervoor dat een kind (zijnde een natuurlijk persoon jonger dan zestien jaar) geen arbeid verricht.

*ii. Opmerkelijkheden*

De naam van de wet 'Arbeidstijdenwet' sluit daarbij niet vanzelfsprekend aan, maar in het eerste lid van art. 3:2 Arbeidstijdenwet staat conform het opschrift van het hoofdstuk en de titel van de bepaling zelf 'Het verbod op kinderarbeid'.<sup>408</sup> Van een verbod in strikt strafrechtelijke zin is natuurlijk geen sprake. Er staat immers niet 'het is verboden'. Evenals bij de meeste andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is ook hier sprake van een positief geformuleerde gebodsbepaling. Een ander punt dat mag worden opgemerkt, is dat in het – hier niet opgenomen – tweede lid van art. 3:2 Arbeidstijdenwet het bereik van het eerste lid wordt beperkt. Bepaalde lichte vormen van arbeid, gekoppeld aan een bepaalde leeftijd, mogen onder voorwaarden best wel door kinderen worden verricht (art. 3:2 lid 2 Arbeidstijdenwet). Uiteraard zijn er meer beperkingen aan 'het verbod van kinderarbeid' die worden ingegeven door het materiële arbeidsrecht. Wat bijvoorbeeld onder het bestanddeel 'kind' wordt verstaan (art. 1:2 Arbeidstijdenwet), is vanzelfsprekend van groot belang voor de algemene toepassing van art. 3:2 Arbeidstijdenwet maar is niet van belang voor onderhavig onderzoek. De vragen zijn daarom ook ten aanzien van deze regeling gericht op de materieel strafrechtelijke inhoud van het zorgen als gedragsbestanddeel en op de keuze voor het openstellen van de mogelijkheid het strafrecht toe te passen.

*iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet is per 1 januari 1996 in de wet terechtgekomen en sindsdien niet meer gewijzigd. Ruim voor die datum bestonden al strafrechtelijke bepalingen die kinderarbeid daadwerkelijk verboden.<sup>409</sup> Ook in sommige van die eerdere bepalingen stond reeds het werkwoord 'zorg' (of een afgeleide daarvan) als bestanddeel opgenomen. De toelichting uit de jaren negentig verschaft op dat onderdeel dan ook weinig nieuws. Hetzelfde geldt voor de beslissing tot strafbaarstelling. Die was al genomen in het kader van voorgegane wetten en werd met de Arbeidstijdenwet slechts bekrachtigd. Bij het beantwoorden van de vraag naar de betekenis van de term zorg en de verantwoording van de beslissing tot strafbaarstelling, is daarom de wetsgeschiedenis van eerdere regelgeving van belang. Deze voorgeschiedenis van art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet is behoorlijk omvangrijk. Daarom wordt dit onderdeel 'iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis' verdeeld in een aantal subonderdelen. In het eerste subonderdeel wordt stilgestaan bij de specifieke kinderarbeidsbepaling (iii-a). Daarin zal blijken dat de geschiedenis van de Arbeidswet door de jaren heen niet zonder invloed is geweest voor de werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Daarom zal in de andere subonderdelen op de betreffende oude totstandko-

<sup>408</sup> In hetzelfde hoofdstuk staat één van de andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin uit de Arbeidstijdenwet opgenomen, namelijk art. 3:4 Arbeidstijdenwet, de daarbij horende titel is 'Voorlichting' (zie hieronder paragraaf 5.3.3.2.2).

<sup>409</sup> Hetgeen uiteraard begon met de kinderwet van Van Houten, Wet van 19 september 1874, *Stb.* 1874, 130.

mingsgeschiedenissen worden ingegaan die ten grondslag lagen aan de zorgplichtbepaling betreffende kinderarbeid. Het betreft de Arbeidswet van 1889 (iii-b), de geschiedenis van de Arbeidswet 1911 (iii-c) en de Arbeidswet van 1919 (iii-d).

*iii-a. Ontwikkeling zorgplichtbepaling tegen kinderarbeid*

De kindwet van Van Houten uit 1874 bevatte geen zorgplichtbepaling.<sup>410</sup> Het eerste artikel van die wet dat kinderarbeid verbood, bevatte een daadwerkelijke verbodsbepaling op de schending waarvan een geldboete en/of een gevangenisstraf kon volgen op basis van het vierde artikel van de betreffende wet. Interessant is het derde artikel van de kindwet waarin de hoofden of bestuurders van ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk werden gesteld voor zover zij zich niet konden disculperen (door te bewijzen dat een en ander buiten hun weten om was geschied).<sup>411</sup> In de bepaling stond voorts dat indien de hoofden of bestuurders daarin wel slaagden, dan degene aansprakelijk werd gesteld die het kind in dienst had genomen. Deze constructie komt ook tegenwoordig nog voor, en soms bovendien in combinatie met een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling (zie hoofdstuk 6). Na de wet uit 1874 volgde de eerste Arbeidswet in 1889. Daarin was de kinderarbeid wederom strafrechtelijk verboden zonder zorgplichtbepaling.<sup>412</sup> In de Arbeidswet 1889 stonden wel twee andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen opgenomen. Zo was een ieder die een persoon beneden de zestien jaren of een vrouw arbeid deed verrichten<sup>413</sup> in fabrieken en werkplaatsen, *verplicht te zorgen* dat die arbeid ten minste werd afgewisseld door een rusttijd van een uur tussen 11.00 uur en 15.00 uur. Tevens moest de persoon waarop deze plicht rustte, zorgen dat men gedurende de rusttijd niet verbleef op een plaats waar nog wel arbeid werd verricht (art. 6 alinea 1 respectievelijk 3

---

<sup>410</sup> Wet van 19 september 1874, *Stb.* 1874, 130.

<sup>411</sup> Dat was ook het geval in bijvoorbeeld art. 22 Wet tot regeling der coöperatieve verenigingen (oud), Wet van 17 november 1876, *Stb.* 1876, 227. Dat betrof evenmin een zorgplichtbepaling, maar bevatte wel ook een disculpatiemogelijkheid voor bestuurders door te bewijzen het hunne te hebben gedaan om bepaalde (niet zorg-)verplichtingen na te komen. Later is dit soort bepalingen deels komen te vervallen in verband met art. 51 Sr (oud) waarin werd geregeld dat bestuursleden en commissarissen niet werden gestraft indien bleek dat een overtreding buiten hun toedoen was gepleegd. Ook dit hield specifiek verband met de strafbaarheid van bestuurders en niet met zorgplichtbepalingen. Op zorgplichtbepalingen en disculpatieregelingen wordt in hoofdstuk 6 ingegaan. Zie tevens E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 128-129.

<sup>412</sup> Art. 3 juncto 17 Arbeidswet 1889.

<sup>413</sup> Het doen verrichten in de Arbeidswet heeft overigens een andere betekenis dan het doen plegen in de deelnemingsregeling van het commune strafrecht (art. 47 Sr), Hoge Raad 11 januari 1915, *CONTROLLEREN!* De inkt van het Wetboek van Strafrecht was nog nauwelijks droog toen de Minister van Justitie al ten tijde van de Arbeidswet 1889 meende dat het 'doen verrichten' alle 'nieuwe' daderschapsvormen van art. 47 Sr omvatte, *Handelingen II*, 1888/89, p. 1112 en dat het woord overal in het Wetboek van Strafrecht hetzelfde betekende, *Handelingen I*, 1888/89, p. 280. Onder doen verrichten lijkt aldus te moeten worden verstaan het plegen of begaan als vorm van de enge gedraging in algemene zin waaronder ook een nalaten valt (zie daarover in het onderstaande paragraaf 5.3.3.2.1 betreffende de Arbeidswet van 1911).



juncto 17 Arbeidswet 1889 (oud)). De tweede wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling stond in art. 11 Arbeidswet 1889 (oud) en was eveneens strafbaar gesteld in artikel 17. Ingevolge de eerste alinea van art. 11 Arbeidswet 1889 (oud) was het hoofd of de bestuurder van een bedrijf of onderneming verplicht te zorgen dat in de fabriek of werkplaats een lijst zichtbaar was opgehangen met daarop de werktijden van de aldaar werkende personen beneden de zestien jaren en van vrouwen. In de derde alinea van art. 11 Arbeidswet 1889 (oud) stond dat het hoofd of de bestuurder daarnaast verplicht was te zorgen dat de lijst was opgehangen in elk arbeidslokaal.<sup>414</sup>

*Kinderarbeidsbepaling had in 1889 zorgplichtbepaling kunnen zijn maar was te laat*

Het verbod van kinderarbeid (art. 3 juncto art. 17 Arbeidswet 1889) stond los van de genoemde twee vroege wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin (art. 6 alinea 1 en 3 juncto art. 17 Arbeidswet 1889 en art. 11 juncto art. 17 Arbeidswet 1889). Op weg naar de Arbeidswet van 1889 is echter gediscussieerd over de mogelijkheid het kinderarbeid-artikel in de vorm van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin te gieten. De timing daarvan was echter ongelukkig. De Minister meende dat het wetgevingsproces op dat moment al te ver was gevorderd, zodat er geen mogelijkheid meer bestond bij kinderarbeid in plaats van de zinsnede ‘arbeid doen verrichten’ te spreken van *“het hoofd of de bestuurder van een bedrijf of onderneming is verplicht te zorgen dat in dat bedrijf of in die onderneming geen arbeid wordt verricht door kinderen beneden 12 jaren”*.<sup>415</sup> Kort daarvoor had de Minister van Justitie zich laten ontvallen dat *“ieder slechts aansprakelijk is voor zijne eigen daden, en dat het onjuridisch is in zake strafrecht iemand aansprakelijk te stellen voor iets waaraan hij doodonschuldig is”*.<sup>416</sup> De Minister leek zich verkeerd begrepen te voelen toen hem vervolgens vanuit de kamer voor de voeten werd geworpen dat daaraan niets ‘onjuridisch’ hoeft te zijn: *“Indien ik eene zaak drijf, wel dan moet ik er voor staan, dan behoort ik te weten wie ik in dienst heb; en als mijn menschen dan dingen doen die verkeerd zijn, zal ik daarvoor moeten bloeden. Niets is rechtmatiger”*.<sup>417</sup> Daaraan werd door de kamer toegevoegd welke gronden de wetgever de vrijheid zouden geven strafbepalingen op die wijze vorm te geven, namelijk *“deze, dat één van beide het geval is: of ik heb het gewild wat er gebeurd is, al wend ik ook het tegendeel voor; of, ik ben nalatig in mijn toezicht, [...] in het kiezen van mijn mensen”*.<sup>418</sup> De Minister verwierp de suggestie dat hij voornoemde strenge benadering als ‘onjuridisch’ zou zien. Zelf had hij immers, zo benadrukte hij, wel degelijk ruimte gezien om *“iemand zekere verplichtingen op te leggen en hem voor niet-naleving daarvan*

<sup>414</sup> Zie hierna paragraaf 5.3.3.2.1.

<sup>415</sup> *Handelingen II*, 1888/89, p. 1114.

<sup>416</sup> *Idem*, p. 1113.

<sup>417</sup> *Idem*, p. 1115.

<sup>418</sup> *Idem*, p. 1115.

*aansprakelijk te stellen*".<sup>419</sup> De Minister wees ter onderbouwing daarvan op het hierboven al aangestipte art. 11 Arbeidswet 1889 (oud) waarin hij had voorgesteld dat aan het hoofd of de bestuurder de verplichting werd opgelegd "*te zorgen voor de aanwezigheid van kaarten en lijsten in zijne fabriek of werkplaats, bij ontstentenis enz. waarvan hij kan worden vervolgd en straf tegen hem kan worden uitgesproken*".<sup>420</sup> De Minister leek zodoende inderdaad niet afkerig van het daar leggen van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid waar die (gevoelsmatig en – gezien de opmerking daarover uit het parlement – rechtmatig) thuishoorde. Omdat het wetgevingsproces al te ver was gevorderd, werd de kinderarbeidsbepaling in 1889 desondanks nog geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Interessant is wel dat in de weergegeven discussie al een tip van de sluier wordt opgelicht betreffende de bijzondere werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen.

*Kinderarbeidsbepaling als onderdeel van een overkoepelende zorgplicht de Arbeidswet na te leven*

Aan de twee voornoemde meer specifieke wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen van 1889, werd naderhand een overkoepelende variant toegevoegd die ook de kinderarbeid bestreek. De Arbeidswet 1889 onderging in 1911 een wijziging waardoor daarin een meer overkoepelende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling terechtkwam.<sup>421</sup> In art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) stond in het eerste lid een verbod opgenomen arbeid in strijd met de Arbeidswet te doen verrichten.<sup>422</sup> Belangrijker voor onderhavig onderzoek is het tweede lid waarin een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin was neergelegd. Het hoofd of de bestuurder van een onderneming was ingevolge art. 11bis lid 2 Arbeidswet 1911 (oud) *verplicht te zorgen*, dat in een open of besloten ruimte, die door hem in gebruik was of waarover hij beschikking had, geen arbeid werd verricht in strijd met het bij of krachtens de Arbeidswet bepaalde. Langs deze weg kon op andere wijze dan door middel van de strafrechtelijke verbodsbepaling – namelijk middels een zorgplichtbepaling – sprake zijn van schending van de kinderarbeidsbepaling (art. 3 Arbeidswet 1911 (oud)). Het artikel was beperkt tot het hoofd of de bestuurder en tot open of besloten ruimtes.<sup>423</sup> Art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) werd aan art. 17 Arbeidswet 1911 (oud) toegevoegd. In laatstgenoemde bepaling werd geregeld dat overtreding van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) werd gestraft met hechtenis van ten hoogste veertien dagen of geldboete van ten hoogste vijfenzeventig gulden.

---

<sup>419</sup> Idem, p. 1115.

<sup>420</sup> Idem, p. 1115.

<sup>421</sup> Wet van 7 oktober 1911, *Stb.* 1911, 314.

<sup>422</sup> Het doen verrichten in de Arbeidswet heeft zoals gezegd overigens een andere, namelijk ruimere, betekenis dan het enkele doen plegen in de deelnemingsregeling van het commune strafrecht (art. 47 Sr).

<sup>423</sup> Zie de toelichting in *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 3, p. 8.

*Anti-kinderarbeid constructie met overkoepelende zorgplichtbepaling bleef in Arbeidswet 1919 overeind*

De constructie uit 1911 ten aanzien van de strafbaarstelling van kinderarbeid via zowel een verbodsbepaling<sup>424</sup> als een zorgplichtbepaling bleef in 1919 en daarna overeind. In art. 9 Arbeidswet 1919 (oud)<sup>425</sup> stond *“Een kind beneden 14 jaar of nog leerplichtig mag geen arbeid verrichten”*. In het eerste lid van art. 74 Arbeidswet 1919 (oud) was een algemene verbodsbepaling geplaatst die niet specifiek was maar betrekking had op de gehele wet. Het was simpelweg verboden om arbeid in strijd met de Arbeidswet te doen verrichten. Vervolgens stond in lid 2 van art. 74 Arbeidswet 1919 (oud) *“Het hoofd of de bestuurder van eene onderneming is verplicht te zorgen, dat in zijne onderneming geen arbeid wordt verricht in strijd met het bij of krachtens deze wet bepaalde [...]”*.<sup>426</sup> Verschil is wel dat in de Arbeidswet 1911 deze zorgplichtbepaling nog beperkt was tot situaties in *“eene open of besloten ruimte”*. Art. 74 lid 2 Arbeidswet 1919 (oud) lijkt in afwijking daarvan te hebben gegolden zonder ruimtelijke beperkingen. De strafbaarstelling van het gehele artikel 74 werd gevonden in art. 83 lid 1 Arbeidswet 1919 (oud).<sup>427</sup> De maximale straf was hechtenis van ten hoogste één maand of geldboete van honderd gulden. Deze structuur vigeerde vervolgens van 1919 tot de omvorming van de Arbeidswet in de Arbeidstijdenwet.<sup>428</sup>

*Tussenstand van subonderdeel iii-a ‘Ontwikkeling zorgplichtbepaling tegen kinderarbeid’*

In de Arbeidswet van 1919 waren overigens meer zorgplichtbepalingen opgenomen. Naast de constructie van de artikelen 74 tot en met 76 die de gehele arbeidsregelgeving omvatten, werden in art. 83 Arbeidswet 1919 (oud) onder meer als aparte specifieke strafbepalingen aangewezen: de zorgplichtbepalingen in art. 67 lid 1 en 10, art. 68 lid 1 en art. 69 Arbeidswet 1919 (oud). Deze laatstgenoemde artikelen stonden opgenomen in het hoofdstuk ‘Administratieve bepalingen’. In art. 83 Arbeidswet 1919 (oud) zijn ze zoals gezegd evenwel tevens tot strafbaar feit gemaakt. Deze bepalingen gaan echter niet over de in art. 9 Arbeidswet 1919 (oud) strafbaargestelde kinderarbeid; zijnde het delict dat in onderhavig subonderdeel ‘iii-a. Ontwikkeling zorgplichtbepaling tegen kinderarbeid’ van pa-

<sup>424</sup> Deze dubbelop constructie is in de wetsgeschiedenis meermaals bevestigd, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 3, p. 10 en 16 en *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 5.

<sup>425</sup> Wet van 1 november 1919, *Stb.* 1919, 264.

<sup>426</sup> In het eerste lid van art. 74 Arbeidswet 1919 (oud) stond evenals in art. 11bis lid 1 Arbeidswet 1911 (oud) de verbodsbepaling opgenomen betreffende het arbeid doen verrichten in strijd met de Arbeidswet.

<sup>427</sup> Zowel in de Arbeidswet van 1911 (art. 11quater) als in die van 1919 (art. 76) stond een disculpatiebepaling opgenomen. Over disculpatieregelingen bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen handelt in het bijzonder hoofdstuk 6.

<sup>428</sup> In het bovenstaande werd er al op gewezen dat met die omvorming halverwege de jaren negentig in art. 3:2 (juncto 10:1 juncto 11:3) Arbeidstijdenwet, de tekst van het eerste lid tegenwoordig is komen te luiden dat de verantwoordelijke persoon ervoor zorgt, dat een kind geen arbeid verricht.

ragraaf 5.3.3.2.1 primair zou worden behandeld. Voor zover het om de zorgplicht-variant daarvan gaat, is zoals gezegd art. 74 lid 2 Arbeidswet 1919 (oud) van belang. In het vierde lid van art. 74 Arbeidswet 1919 (oud) werd nog een extra zorgplicht bij de hoofden of bestuurders neergelegd. Dit vierde lid verplichte hoofden en bestuurders tot naleving van aldaar nader genoemde voorschriften en vormde eveneens een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling voor zover daarin tevens (dubbelop) werd aangegeven dat de hoofden en bestuurders *verplicht waren te zorgen* dat diezelfde voorschriften in hun onderneming werden nageleefd. De voornaamste vraag die in het kader van onderhavig onderzoek rijst, is wat in de wetsgeschiedenis van 1889, 1911 en 1919 kan worden gevonden betreffende de werking van deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.<sup>429</sup> Deze drie geschiedenissen en hun inhoud worden in navolgende drie subonderdelen besproken.

### *iii-b. Zorgplichtbepalingen in de Arbeidswet van 1889*

In het bovenstaande is opgemerkt dat in art. 6 juncto 17 en 11 juncto 17 Arbeidswet 1889 (oud) twee wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin waren neergelegd. In de memorie van toelichting is aan deze bepalingen geen tekst besteed.<sup>430</sup> Belangstelling bestond in de verdere wetsgeschiedenis vooral voor de vraag of ook ouders moesten kunnen worden bestraft in verband met kinderarbeid.<sup>431</sup> In de kindervet van Van Houten uit 1874, de voorganger van de Arbeidswet 1889, konden immers slechts de hoofden of bestuurders worden bestraft. Andere strafrechtelijke aandachtspunten betroffen de leeftijdsgrens bij kinderarbeid en uit hoeveel uren de werkdagen en -weken mochten bestaan.<sup>432</sup> Incidenteel kwamen echter toch relevante aspecten betreffende de mogelijke werking van strafrechtelijke zorgplichtbepalingen voorbij.

### *Gebrek aan voorzorg?*

Een interessant voorstel werd gedaan ter aanvulling van het artikel dat het algemene verbod van overtreding van de Arbeidswet 1889 omvatte. Teneinde te voorkomen dat bestuurders de schuld voor overtreding van de wet eenvoudig konden afschuiven op hun ondergeschikten, werd voorgesteld van hen het bewijs te vergen “*dat zij behoorlijke voorzorgen genomen hebben om overtredingen der wet in hunne fabrieken en werkplaatsen te voorkomen*”.<sup>433</sup> Deze eis zou wettelijk kunnen worden vormgegeven door als tweede lid aan het voorgestelde artikel 12

---

<sup>429</sup> Zie tevens E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 131-135. De aldaar genoemde artikelnummers zijn overigens niet allemaal conform het staatsblad.

<sup>430</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nr. 3, p. 3 en 4 (art. 6 was toen nog art. 5 en art. 17 was toen nog art. 12). Ook in latere wetsgeschiedenis lag de nadruk niet op het bestanddeel zorg of de keuze voor strafbaarstelling van deze twee bepalingen, *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nr. 4, p. 12.

<sup>431</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nr. 4, p. 6.

<sup>432</sup> Zie bijvoorbeeld *Handelingen II*, 1888/89, p. 1051-1056.

<sup>433</sup> *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nr. 4, p. 13.

(het latere art. 17 Arbeidswet 1889 (oud) waarin de strafbaarstelling en sanctienorm te vinden waren) een lid toe te voegen met de strekking dat indien een strafbaar feit was gepleegd in een fabriek of werkplaats, dan naast de daders ook de bestuurders van de fabriek of werkplaats aansprakelijk zouden zijn voor de overtreding *“tenzij blijke dat aan hen geenerlei gebrek van voorzorg is te wijten”*.<sup>434</sup> Deze suggestie werd uiteindelijk niet opgenomen in de Arbeidswet van 1889. Met name lijkt de afwijzing te hebben samengehangen met de betekenis die aan het ‘gebrek aan voorzorg’ werd gegeven. In de memorie van antwoord werd door de Minister als volgt gereageerd op het voorstel: *“De aansprakelijkheid des werkgevers zoover uit te strekken als door de voorgestelde bepaling zou geschieden, zou naar het oordeel van den ondergeteekende te ver gaan. Het begrip “gebrek aan voorzorg” is te onbestemd en zou den werkgever zelfs strafschuldig kunnen maken terwijl hij op reis is. Indien de ondergeschikten handelen in strijd met het verbod des werkgevers, is het volkomen billijk dat de eersten gestraft worden”*.<sup>435</sup> Uit de reactie van de Minister worden in ieder geval twee dingen duidelijk. Ten eerste verwerpt hij het voorstel en ten tweede geeft hij blijk van de werking van een bestanddeel met de strekking ‘gebrek aan voorzorg’. Hij kan zich niet vinden in het voorstel omdat het ‘te onbestemd’ is. De betekenis van een bestanddeel in de trant van ‘gebrek aan voorzorg’ maakt het mogelijk dat een werkgever ook strafbaar zou zijn indien hij op reis is of indien hij – zo kan de uitspraak van de Minister worden gelezen – ‘met het strafbare feit helemaal niets te maken had’.<sup>436</sup> Het is de vraag of dit aansluit bij aanwijzingen die in eerdere paragrafen zijn gevonden omtrent de werking van aan het voorgaande verwante strafbepalingen waarin het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel staat opgenomen. De indruk dat het ouderschap door een gebrek aan zorg – gebaseerd op een situatie – zou kunnen ontstaan, lijkt enerzijds te worden bevestigd in de visie van de Minister die doorklinkt in zijn verwerping van het ‘gebrek aan voorzorg’-bestanddeel. Anderzijds kan tegen deze misschien wat overenthousiaste uitleg worden ingebracht dat de Minister vergelijkbare opmerkingen achterwege laat in het kader van de bepalingen waarin uiteindelijk wel het bestanddeel ‘zorg’ is opgenomen in de Arbeidswet van 1889. Of het zorg-bestanddeel in de art. 6 en 11 Arbeidswet 1889 (oud) daarin *bewust* is terechtgekomen, wordt niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis.<sup>437</sup> Voor wat betreft de werking ervan zou in ieder geval wel kunnen worden volgehouden dat door de Minister op voormelde wijze een indicatie betreffende het functioneren van zorgplichtbepalingen is gegeven.

<sup>434</sup> *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nr. 4, p. 13.

<sup>435</sup> *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nr. 5, p. 19.

<sup>436</sup> De Minister voegde aan zijn antwoord nog toe: *“wordt eene overtreding gepleegd met medeweten van den bestuurder der fabriek, of althans zonder dat hij daartegen waakt, dan zal deze allicht tevens strafbaar zijn wegens het doen of mede plegen”*.<sup>436</sup> Het gaat dan bij dit laatste om reguliere delicten in de vorm van verbodsbepalingen waarin voor strafbaarheid niet de afwezigheid van zorg wordt verlangd.

<sup>437</sup> Vergelijk *Handelingen II*, 1888/89, p. 1068-1078.

*Voorgestelde disculpatieregeling in 1889 verworpen; 'doen verrichten' wijst geadresseerde aan, niet dader*

Gedurende de totstandkoming van de Arbeidswet 1889 werd later nog een aantal verschillende voorstellen gedaan tot invoering van een vorm van 'risico-aansprakelijkheid' voor de hoofden en bestuurders gecombineerd met een soort disculpatieregeling voor de gehele wet. Deze regeling werd in twee amendementen voorgesteld onder art. 17 Arbeidswet 1889 (oud) op te nemen.<sup>438</sup> De gevoelens over de disculpatievoorstellen waren gemengd.<sup>439</sup> Uiteindelijk werden zij verworpen en zodoende niet opgenomen in de definitieve versie van de Arbeidswet 1889.<sup>440</sup> De discussie in de tweede kamer, die in het licht moet worden gezien van het zeer verse Wetboek van Strafrecht, richtte zich met name op geadresseerden van de wet: zouden alleen hoofden of bestuurders gestraft mogen worden of daarnaast tevens ouders en voogden?<sup>441</sup> Ook de betekenis van de woorden 'doen' en 'laten' was aan de orde. Nadrukkelijk was in het merendeel van de strafbepalingen in de Arbeidswet 1889 gekozen voor het werkwoord doen.<sup>442</sup> Dit werkwoord was bepalend voor het normadressaatschap: degene die arbeid *doet* verrichten, had bepaalde verplichtingen of moest voor bepaalde zaken *zorgen*. Zo moest bijvoorbeeld worden gezorgd voor de aanwezigheid van bepaalde lijsten (art. 11). Geen aandacht bestond evenwel voor het gebruik en de betekenis van dat werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel in de Arbeidswet 1889. Dat is opvallend want het werkwoord *zorgen* is in de art. 6 en 11 Arbeidswet 1889 (oud) juist bepalend voor het daderschap.<sup>443</sup> Het niet *zorgen* maakt immers dat een artikel is geschonden. De zinsnede 'doen verrichten' duidde slechts de geadresseerde aan. Opmerkelijk is dat enigszins vergelijkbare disculpatieregelingen als werden voorgesteld en verworpen bij de Arbeidswet 1889, deels lijken te zijn teruggekomen in de vernieuwde Arbeidswet van 1911.

### *iii-c. Zorgplichtbepalingen in de Arbeidswet van 1911*

In het bovenstaande werd al benoemd dat in de Arbeidswet van 1911 een overkoepelende zorgplichtbepaling werd opgenomen voor de hoofden en bestuurders. Suggesties daarvoor waren reeds gedaan tijdens de totstandkoming van de

<sup>438</sup> *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nrs. 42 en 45.

<sup>439</sup> *Handelingen II*, 1888/89, p. 1100-1120.

<sup>440</sup> *Idem*, p. 1120.

<sup>441</sup> Onder meer *Handelingen II*, 1888/89, p. 1106.

<sup>442</sup> *Handelingen II*, 1888/89, p. 1112-1114 en *Handelingen I*, 1888/89, p. 272 en 280.

<sup>443</sup> Overigens werd in het kader van de totstandkoming van de Arbeidswet van 1911 over art. 11 Arbeidswet 1889 gesteld dat de ondernemer toenmaals verplicht was te zorgen dat arbeidslijsten aanwezig zijn en dat dat in de praktijk geen aanleiding had gegeven tot moeilijkheden. Ook zonder disculpatieregeling in de Arbeidswet van 1889 werd de ondernemer volgens sommige leden van de Eerste Kamer "de volle vrijheid gelaten in voorkomende gevallen zijnerzijds te bewijzen, dat hij alle zorg heeft aangewend, die redelijkerwijs van hem kon worden gevorderd" *Handelingen I*, 1910/11, p. 568. Duidelijk wordt gemaakt dat van 'niet zorgen' in art. 11 Arbeidswet 1889 geen sprake was in geval de ondernemer 'alle zorg had aangewend die redelijkerwijs van hem kon worden gevorderd'. Zie voorts *Handelingen I*, 1911/12, p. 16 en in het onderstaande hoofdstuk 6.

Arbeidswet van 1889. Die voorstellen behelsden echter een vrij letterlijke risico-aansprakelijkheid voor de hoofden of bestuurders: de hoofden en bestuurders zouden met uitsluiting van alle anderen strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor iedere schending van de Arbeidswet tenzij zij konden aantonen dat de schending buiten hun toedoen en zonder hun schuld was geschied.<sup>444</sup> Terzijde valt op dat ook hier het ‘toedoen’ en de ‘schuld’ zijn ontkoppeld (daderschap staat los van subjectieve bestanddelen). De nieuwe regeling ging uiteindelijk niet zo ver dat de onschuld moest worden aangetoond, maar kennelijk bestond toch behoefte aan een systeem dat direct gericht was tot hoofden, bestuurders (art. 11bis lid 2 Arbeidswet 1911 (oud)) en opzichthoudend personeel (art. 11ter Arbeidswet 1911 (oud)). Uiteindelijk lijkt de oplossing te zijn gevonden in een soort risicodaderschap in plaats van risicoaansprakelijkheid. Gekozen werd voor bepalingen waarin aan voornoemde geadresseerden een verplichting werd opgelegd *te zorgen* dat op bepaalde plaatsen geen arbeid werd verricht in strijd met de Arbeidswet. Het systeem werd gecompleteerd door een disculpatieregeling (art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud)). Indien door het hoofd, de bestuurder of het opzichthoudend personeel werd aangetoond dat door hen de nodige bevelen waren gegeven, de nodige middelen waren verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht was gehouden, werd geacht aan de verplichting uit art. 11bis lid 2 respectievelijk 11ter Arbeidswet 1911 (oud), zijnde de overkoepelende verplichting te zorgen dat de Arbeidswet niet werd geschonden, te zijn voldaan. Dat schending van de art. 11bis lid 2 en 11ter Arbeidswet 1911 (oud) kon worden bestraft, stond in art. 17 Arbeidswet 1911 (oud). Het tweede lid van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) was niet dwingend. Het hoofd of de bestuurder kon zodoende ook langs de weg van de verbodsbepaling uit lid 1 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) strafrechtelijk worden vervolgd.<sup>445</sup> In dat eerste lid was een tot iedereen gericht verbod neergelegd arbeid in strijd met de Arbeidswet te doen verrichten. De systemen interfereerden niet op problematische wijze. Voor het overige kende de Arbeidswet van 1911 nog wel een aantal specifieke wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen die niet overkoepelend waren. Genoemd kunnen worden de art. 10 en 11 Arbeidswet 1911 (oud). Deze delicten waren direct gericht tot het hoofd of de bestuurder.

#### *Overkoepelende zorgplichtbepaling voor de hele Arbeidswet 1911*

In het kader van de bestrijding van kinderarbeid zoals dat in 2009 plaatsvindt middels een strafrechtelijke zorgplichtbepaling – en waarover deze paragraaf 5.3.3.2.1 nog steeds wel gaat – is, zoals eerder werd gemeld, vooral art. 11bis lid 2 Arbeidswet van belang. De bepaling betreffende kinderarbeid werd in 1911 anders vormgegeven dan in 1889. In 1889 was het nog een verbodsbepaling: het was verboden om een kind beneden twaalf jaren arbeid te doen verrichten. De suggestie voor een andere formulering was in de tweede kamer reeds gedaan ten

<sup>444</sup> *Kamerstukken II*, 1888/89, 53, nr. 45. Zie voorts de voorgaande alinea's.

<sup>445</sup> *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 3, p. 8 en 10.

tijde van de behandeling van de Arbeidswet 1889.<sup>446</sup> In art. 3 Arbeidswet 1911 (oud) stond *“een kind beneden dertien jaar, of nog leerplichtig, mag geen arbeid verrichten”*. Schending van deze bepaling was voor een ieder strafbaar gesteld in art. 11bis lid 1 juncto 17 Arbeidswet 1911 (oud). Dit was een verbodsbepaling zoals art. 3 Arbeidswet 1889 (oud) had geklonken: het was verboden arbeid in strijd met de Arbeidswet te doen verrichten. Over wat ‘doen verrichten’ betekent, was uitgebreid gedebatteerd in het kader van de Arbeidswet van 1889.<sup>447</sup> De uitkomst daarvan lijkt te mogen worden doorgetrokken naar het doen verrichten van arbeid in de zin van art. 11bis lid 1 en art. 17 Arbeidswet 1911 (oud). Ten aanzien van de hoofden of bestuurders was echter tevens in een strafrechtelijke zorgplichtbepaling voorzien in het tweede lid van art. 11bis 1911 (oud).<sup>448</sup> Ten aanzien van opzichthoudend personeel gold dezelfde verplichting ingevolge art. 11ter Arbeidswet 1911 (oud). Nadrukkelijk staat daarin niet opgenomen de zinsnede ‘arbeid doen verrichten’. Gezien het ontbreken daarvan, gecombineerd met een wetsgeschiedenis betreffende de voorganger van de Arbeidswet waarin werd gepleit voor een directe strafrechtelijke aansprakelijkheid van hoofden of bestuurders, zou wellicht kunnen worden betoogd dat deze regeling van art. 11bis lid 2 Arbeidswet 1911, waarin is gekozen voor de verplichting te zorgen, een bijzondere eigen betekenis moet zijn toegedacht. Althans, lijken voldoende aanwijzingen voorhanden te zijn die wijzen op een eigen functioneren van de term *zorgen*. Men wilde immers ten eerste bepaalde hoofden of bestuurders vrij direct strafrechtelijk aanspreken en ten tweede werd daartoe als vormgeving gekozen voor het gebruik van het werkwoord *zorgen*. Dit lijkt uiteindelijk net geen *risico-aansprakelijkheid* (zoals tegenwoordig ten aanzien van autokentekens het geval is) te hebben opgeleverd maar wel een soort *risico-daderschap*. Het zou verhelderend zijn indien, naast de letterlijke wettekst, de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet van 1911 eveneens ondersteunende gegevens bevat voor de werking van het daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge in het materiële strafrecht.

#### *Aanleiding omslag naar zorgplichtbepaling in Arbeidswet 1911*

De wetsgeschiedenis van de Arbeidswet 1911 biedt steun voor het voorgaande. In de memorie van toelichting stond dat de oude redactie van de bepaling uit 1889 aanleiding had gegeven tot verschillende onwenselijke vrijspraken omdat de vrijgesprokenen niet actief hadden opgetreden. Zo bestond de indruk dat patronen die geen arbeid hadden ‘doen verrichten’ maar enkel hadden ‘geduld’ in

---

<sup>446</sup> *Handelingen II*, 1888/89, p. 1118.

<sup>447</sup> *Kamerstukken II*, 1888/89, p. 1100-1120. Zie hierboven paragraaf 5.3.3.2.1.

<sup>448</sup> Overigens vullen het eerste en het tweede lid van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) elkaar aan. Uiteraard sluit toepassing voor hetzelfde feit van de ene bepaling de toepassing van de andere uit. De gedachte achter het tweede lid is in ieder geval niet dat het eerste lid ten aanzien van hoofden of bestuurders niet zou kunnen worden aangewend, *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 5.



het algemeen niet werden gestraft.<sup>449</sup> De Minister vervolgde: *“Ten einde nu aan dit bezwaar tegemoet te komen, is het wenschelijk, van stelsel te veranderen, door voorop te stellen dat het verrichten van bepaalde arbeid [...] ongeoorloofd zal zijn en door dan in het algemeen aan het bedrijfshoofd en zijn toezichthoudend personeel [...] de verplichting op te leggen om te zorgen dat het bij en krachtens de wet bepaalde in zijne onderneming wordt nagekomen”*.<sup>450</sup> De niet-succesvolle vervolgingen van bazen die slechts hadden geduld en niet hadden ‘doen verrichten’ verklaart de wijziging van het systeem.<sup>451</sup> In het voorgestelde nieuwe systeem zou volgens de Minister worden vooropgesteld dat het verrichten van bepaalde arbeid ongeoorloofd zou zijn (art. 11bis lid 1) en daarnaast zou op het bedrijfshoofd en het toezichthoudend personeel een verplichting worden gelegd te zorgen voor nakoming van de Arbeidswet (art. 11 bis lid 2). De vraag is wel in hoeverre het ‘niet zorgen’ meer is dan slechts een uitbreiding ten opzichte van de strafbaarstelling van het louter actieve optreden onder de Arbeidswet van 1889. De voortschrijdende wetsgeschiedenis van de Arbeidswet 1911 biedt daarop antwoorden waarbij in de volgende alinea’s wordt stilgestaan.

*Indirecte aanwijzingen betreffende inhoud van zorggedraging in wetsgeschiedenis Arbeidswet 1911*

Is de tweede route van het vernieuwde systeem te vergelijken met ‘dulden’? In de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet van 1911 wordt erkend dat in art. 11bis lid 2 Arbeidswet 1911 (oud) sprake is van een ‘ruime aansprakelijkstelling’ waaraan billijkheidshalve tegenwicht moest worden geboden in de vorm van een disculpatieregeling. *“Immers laten zich gevallen denken, dat niettegenstaande alle voorzorgen, door den werkgever en zijne opzichters genomen, toch arbeid in of voor zijne onderneming wordt verricht, welke de wet heeft verboden. Het zou niet aangaan hen daarvoor aansprakelijk te stellen. Daarom bepaalt het ontwerp, dat zij geacht worden aan hunne verplichting te hebben voldaan, indien door hen de noodige instructiën zijn gegeven, de noodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijs te vorderen toezicht is gehouden om het verrichten van den verboden arbeid te voorkomen en in het algemeen het naleven van de wettelijke bepalingen te verzekeren”*.<sup>452</sup> Gevolg van deze regeling was ook, dat in geval het hoofd of de bestuurder

<sup>449</sup> *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 3, p. 7.

<sup>450</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>451</sup> De meningen waren in het parlement over de voorgestelde regeling overigens verdeeld, *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 7, p. 41.

<sup>452</sup> *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 3, p. 8. Overigens kon niet iedereen zich vinden in de disculpatieregeling of de mogelijke strafbaarheid van opzichthouders, *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 7, p. 44. Later werd de regeling enigszins aangepast door in plaats van de nodige ‘instructiën’ te lezen de nodige ‘bevelen’ *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 2, p. 15. Tevens werd toen toegevoegd de zinsnede *“wanneer zij aantoonen”*, zodat duidelijk werd geprobeerd te maken dat art. 11ter lid 2 (later art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud)) een zogenaamd ‘fait d’excuse’ betrof, *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 12, *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 5, p. 33, *Handelingen II*, 1910/11, p. 1890 en E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 133. Volgens Van Hamel betrof dit echter helemaal geen ‘fait d’excuse’, slechts werd volgens

slechts een enkele aanwijzing aan het toezichthoudend personeel had gegeven, dat hoofd of die bestuurder nog niet was gevrijwaard van strafrechtstoepassing.<sup>453</sup> Hoewel inderdaad tegenwicht moest worden geboden in de vorm van een disculpatiebepaling, werd tegelijkertijd het ruime bereik van de aansprakelijkstelling terecht geoordeeld omdat de werkgever zelf het risico op zich neemt en bovendien *“duizenden en tienduizenden hun levensvoorwaarden ter beschikking van den werkgever stellen”*.<sup>454</sup> Daarnaast werd wel gehoord dat de patroon nu eenmaal meester is in zijn werkplaats. De patroon heeft de economische macht en *“is de eenige die zorg kan dragen, dat verbodsbepalingen niet overtreden worden; de patroon kan zorgen, dat er in zijn werkplaats niet wordt gewerkt”*.<sup>455</sup> In de memorie van toelichting wordt aldus meer dan eens duidelijk gemaakt dat zal moeten worden ‘zorg gedragen’ en dat dat een bijzondere benadering is.<sup>456</sup> Het hoofd of de bestuurder *“zal hebben te zorgen dat aldaar geen arbeid wordt verricht door kinderen, die art. 3 van den bedrijfsarbeid uitsluit”*. De stelligheid van formuleren lijkt te duiden op een hardere werking van de term ‘zorgen’ dan het puur omissief (door dulden, nalaten et cetera) schenden van de betreffende bepaling. Ook de voorgestelde disculpatieregeling voedt die gedachte. Pas indien aan de daarin genoemde mogelijkheden is voldaan, is de zorgplicht niet geschonden. Dat is van een andere grootheid dan nalaten of dulden. Weer een andere aanwijzing kan bijvoorbeeld in art. 17 lid 4 Arbeidswet 1911 (oud) worden aangetroffen waarin enerzijds het arbeid doen verrichten en anderzijds het niet zorgen dat geen arbeid wordt verricht in strijd met de Arbeidswet, nadrukkelijk als autonome constructies worden beschouwd. Zoals gezegd, volgt ook reeds uit de verschillen tussen lid 1 en lid 2 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) dat sprake is van twee op zichzelf staande constructies. Vanuit dat perspectief heeft het ‘arbeid doen verrichten’ (art. 11bis lid 1 Arbeidswet 1911 (oud)) betrekking op de traditionele gedraging. Daaronder viel toen – evenals tegenwoordig – zowel een doen als een laten. De verbodsbepaling van art. 11bis lid 1 Arbeidswet 1911 (oud) kon oneigenlijk worden begaan. Met betrekking tot het nalaten is van belang dat hoewel onder de Arbeidswet 1889 in eerste instantie werd gedacht dat voor het ‘doen verrichten van arbeid’ een uitdrukkelijke opdracht tot het werk moest zijn gegeven en worden bewezen,<sup>457</sup> daarop in latere rechtspraak werd teruggekomen. De Minister wees, zo kwam in het voorgaande al kort voorbij, op uitspraken waarin onder bepaalde omstandigheden *“klaarblijkelijk eene stilzwijgende opdracht werd*

---

hem de strafbare handelingen nader omschreven, *Handelingen II*, 1910/11, p. 1938. Van Hamel verzette zich in het parlement dan ook fel tegen de toevoeging ‘wanneer zij aantonen’, *Handelingen II*, 1910/11, p. 1939, en verder *Handelingen II*, 1910/11, p. 1941-1942 en *Handelingen I*, 1911/12, p. 47. Zie voorts Hoofdstuk 6.

<sup>453</sup> *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 3, p. 15 en *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 12.

<sup>454</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 1892.

<sup>455</sup> *Idem*, p. 1887.

<sup>456</sup> *Kamerstukken II*, 1909/10, 257, nr. 3, p. 15, ‘zorg dragen’ en ‘zorgen’ lijken overigens ook volgens de Minister kennelijk synoniemen te zijn.

<sup>457</sup> *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 4. De Minister wijst op Hoge Raad 20 maart 1899, *Weekblad van het Recht*, 7258.

*ondersteld*" en waarin "óók eene veroordeling wegens 'doen verrichten' van verboden arbeid volgde in gevallen, waar een uitdrukkelijke last tot dien arbeid niet kon worden aangetoond".<sup>458</sup> Steeds werd daarbij in de betreffende arresten wel genuanceerd dat niet onder alle omstandigheden het omissieve gedogen of toelaten zonder meer tot strafbaarheid zou kunnen leiden. In ieder geval werd zodoende ook door de Hoge Raad niet uitgesloten dat onder het 'doen verrichten van arbeid' in de verbodsbepaling (lid 1 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud)) men onder omstandigheden ook met een nalaten goed uit de voeten kon.<sup>459</sup> De bepalingen konden aldus ook onder de regeling van 1889 reeds oneigenlijk worden begaan. Dat is van belang omdat naast dat doen verrichten (dat aldus onder omstandigheden een complex van doen en laten kan zijn) de constructie met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen moet worden geplaatst. Daarmee komt het antwoord op de vraag waarmee deze alinea opende in beeld: de betekenis van de zorggedraging was ook begin twintigste eeuw al van een andere orde dan slechts 'nalaten'. De zorggedraging lijkt te resulteren in een soort risicodaderschap dat niet op één lijn kan worden geplaatst met het daderschap op basis van de traditionele gedraging dat wordt gevormd door een doen of een laten. De vraag komt op of dan over het 'zorgen' zelf ook nog iets is gezegd dat aansluit bij het voorgaande.

#### *Impliciete aanwijzingen inhoud zorggedraging*

Gezien de vorige alinea is over het nieuwe stelsel van de Minister en de verhouding tussen de verbodsbepaling uit lid 1 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) die ziet op de traditionele gedraging en de zorgplichtbepaling uit lid 2 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) die ziet op de zorggedraging wel een en ander in de wetsgeschiedenis aan de orde geweest. In dat verband is in het voorgaande nog weinig voorbij gekomen dat losstond van het 'nieuwe stelsel' en concreet was gericht op de betekenis van het gedragsbestanddeel 'zorgen'. Een aantal impliciete opmerkingen kan in de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet 1911 echter wel worden gevonden. Daarvan kan het volgende korte overzicht worden gegeven. Bij indicaties voor wat onder 'zorgen' moet worden verstaan, kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval dat de geadresseerde 'zich niet behoorlijk van die taak [voor naleving van de wet te zorgen – BK] kwijt'.<sup>460</sup> Kennelijk heeft die persoon 'waarop een taak rustte' dan niet gezorgd. In deze lijn kunnen ook andere opmerkingen worden gevonden. Bijvoorbeeld dat bedrijfschouwen 'tot taak hebben te zorgen dat de werkzaamheden in hun onderneming in goede orde geschieden' en dat onder dit laatste 'zeker niet in de laatste plaats behoort dat die werkzaamheden niet zodanig geschieden, dat daardoor wettelijke bepalingen zouden worden

<sup>458</sup> *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 4. De Minister wijst op Hoge Raad 17 februari 1902, *Weekblad van het Recht*, 7727, Hoge Raad 24 mei 1904, *Weekblad van het Recht*, 8070 en Hoge Raad 14 januari 1907, *Weekblad van het Recht*, 8487.

<sup>459</sup> Zie tevens *Handelingen II*, 1910/11, p. 1938.

<sup>460</sup> *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 12.

overtreden'.<sup>461</sup> Elders vindt men de interpretatie dat in de wet de aansprakelijkheid van de werkgever voor hetgeen geschiedt in zijn lokaliteiten is aangenomen: 'deze werkgever moet bewijzen dat hij de nodige voorzorgen heeft genomen'.<sup>462</sup> Het nieuwe stelsel en het tweede lid van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) ging aldus bepaald ver. Voor die stelling zijn in de verdere wetsgeschiedenis van de Arbeidswet 1911 nog explicietere aanwijzingen te vinden.

*Dé materieelrechtelijke invulling van het gedragsbestanddeel 'zorgen'*

Over de materieelrechtelijke invulling van het werkwoord 'zorgen' is in de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet van 1911 tot dusverre in eerste instantie vooral impliciet een aantal zaken aan het licht gekomen. Er is ook een aantal explicietere aanwijzingen in de wetsgeschiedenis. In het kader van de discussie betreffende de disculpatieregeling in art. 11ter lid 2 Arbeidswet 1911 (oud), dat later art. 11quater werd, is uiteindelijk wel een en ander expliciet gemeld over de materieel strafrechtelijke werking van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. De aanloop daartoe werd als volgt genomen. *"In art. 11bis wordt bepaald, dat het hoofd van de onderneming verplicht is om te zorgen, enz., en dan wordt in het tweede lid van art. 11ter [de disculpatieregeling; werd uiteindelijk art. 11quater – BK] een verklaring gegeven van het begrip 'verplicht om te zorgen'."*<sup>463</sup> Vervolgens werd in de parlementaire behandeling door Van Hamel aangevoerd, dat men in plaats van 'het hoofd van de onderneming is verplicht te zorgen dat geen arbeid wordt verricht in strijd met de wet' evengoed in de wet had kunnen zeggen: *"hij is verplicht om te geven de noodige bevelen, om te verschaffen de noodige middelen, om te houden het redelijkerwijs te vorderen toezicht, ter verzekering van de naleving der wet"*.<sup>464</sup> Voorgaande zou zijn samengevat in de zinsnede 'verplicht te zorgen' en die samenvatting was in de ogen van Van Hamel vervolgens uitgewerkt in de voorgestelde disculpatieregeling van art. 11ter lid 2 Arbeidswet 1911 (oud). Aldus lijkt tot op zekere hoogte duidelijk te worden gemaakt wat onder 'zorgen' zou moeten worden verstaan. De Minister benadrukte dat het 'doen verrichten' uit de oudere Arbeidswet 1889 ook in de (strafrechtelijk relevant nalaten omvattende) verruimde uitleg nog niet goed genoeg was en dat hij daarom had gekozen voor de 'verplichting tot zorg' in combinatie met in het tweede lid van artikel 11ter 'een bevel van de wetgever aan de rechter' betreffende in welke richting de wetgever de Arbeidswet 1911 toegepast wilde zien.<sup>465</sup> Toen het wetsvoorstel aan de Eerste Kamer werd voorgelegd, hadden de geachte leden behoorlijk wat kritiek op het systeem van de artikelen 11bis, 11ter en 11quater. Een groot deel van het parlement was het evenwel met de Minister eens. Voor wat betreft de betekenis van het 'zorgen', kan worden gevonden *"dat aan de uitdrukking 'is verplicht te zorgen'" de betekenis moest wor-*

---

<sup>461</sup> Idem, p. 5.

<sup>462</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1889.

<sup>463</sup> Idem, p. 1938.

<sup>464</sup> Idem, p. 1938-1939.

<sup>465</sup> Idem, p. 1940.

den gegeven die ook door de Minister was bedoeld, te weten de betekenis “van ‘aansprakelijk zijn voor’.”<sup>466</sup> Voorts achtten sommigen in de Eerste Kamer “eene ruimere definitie van het begrip ‘zorg’ gewenscht” zodat de rechter minder gebonden was.<sup>467</sup> Gezien deze en andere opmerkingen leek men wel enigszins een beeld te hebben bij wat onder het ‘zorgen’ moest worden verstaan, maar waren tegelijkertijd niet alle aspecten daarvan even helder. De Minister heeft dit kunnen ophelderen in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer. Gezien de volledigheid van zijn antwoord en het belang daarvan voor onderhavig onderzoek, wordt het hieronder vrijwel geheel opgenomen.

*“Het zij den ondergeteekende veroorloofd, kortelijk het stelsel uiteen te zetten, dat bij de regeling van de aansprakelijkheid van den werkgever en zijn opzichthoudend personeel werd gevolgd. Naar hij vertrouwt zullen de hier gemaakte opmerkingen en gestelde vragen daardoor voor een goed deel hare beantwoording vinden. Op den voorgrond staat, dat het hoofd of de bestuurder – en onder de voorwaarde in art. 11ter gesteld geldt dit ook voor het opzichthoudend personeel – verantwoordelijk is voor allen arbeid in strijd met de wet, die in ruimten, die bij hem in gebruik zijn, of waarover hij de beschikking heeft, geschiedt. Hij heeft te zorgen, dat aldaar zulke arbeid niet wordt verricht, in dien zin, dat hij het verrichten van arbeid in strijd met de wet moet voorkomen. Volgens de bedoeling van den vooropgestelden regel zal de werkgever niet een zekere mate van zorg hebben aan te wenden over het al of niet voldoende waarvan dan de rechter moet beslissen neen, zoodra een toestand of een feit, als door de wet niet wordt gewild, zich in zijne onderneming voordoet, wordt hij geacht in gebreke te zijn gebleven en valt hij onder de strafbepaling.*

*Intusschen kan deze strenge aansprakelijkheid in bepaalde gevallen te ver gaan. De mogelijkheid bestaat, dat, ondanks de werkgever met den meesten ernst er naar gestreefd heeft arbeid strijdig met de wet te verhinderen, toch verboden arbeid wordt verricht. Kan het bedrijfshoofd dit voor den rechter aannemelijk maken, dan behoort hij vrij uit te gaan. Hieraan is uitdrukking gegeven door in art. 11quater te bepalen, dat de werkgever geacht wordt aan zijne verplichting te hebben voldaan, indien hij aantoonde de noodige bevelen te hebben gegeven, de noodige middelen te hebben verschaft en het redelijkerwijs te vorderen toezicht te hebben gehouden. Aan den rechter blijft uitteraard overgelaten te beoordeelen in hoeverre de werkgever in dit bewijs slaagt en eveneens zal hij in elk bijzonder geval moeten beoordeelen welke bevelen en welke middelen noodig waren en in hoeverre toezicht van den werkgever redelijkerwijs kon worden gevorderd. In het hier ontwikkelde stelsel kan de ondergeteekende in de woorden van art. 14quater [bedoeld zal zijn art. 11quater – BK] geen tegen de beginselen van ons strafrecht indruischende omkeering van den bewijslast zien. Evenmin gelooft hij, dat de aldaar voorkomende omschrijving van hetgeen de werkgever zal hebben aan te toonen, om eene veroorde-*

<sup>466</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 568.

<sup>467</sup> *Idem*.

*ling te ontgaan, te eng is. [...]*"<sup>468</sup>

Voorgaand citaat laat aan duidelijkheid weinig te wensen over. In de Eerste Kamer werd nog lichtelijk tegengas gegeven, maar uiteindelijk stemden de meeste leden in met het wetsvoorstel.<sup>469</sup> Bovenvermelde uitleg van de Minister is een meer dan behoorlijk vertrekpunt voor de verdere uitwerking van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragingbestanddeel. Op basis van het voorgaande rijzen nadere vragen. In hoofdstuk 6 zal daarop uitgebreid worden teruggekomen en worden gezien in hoeverre mogelijk een universele invulling aan het werkwoord zorgen (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel kan worden gegeven. Vermoedelijk is daarbij behulpzaam de aanwijzing die in disculpatieregelingen wordt gevonden met betrekking tot wanneer geacht moet zijn dat aan de plicht tot zorgen is voldaan. Niet bij alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is echter voorzien in een disculpatieregeling. In ieder geval is in het licht van het voorgaande de bedoeling van de Arbeidswet 1911, waarmee door het parlement is ingestemd, duidelijk geworden in de memorie van antwoord van de Minister aan de Eerste Kamer.

#### *Tussenstand subonderdeel iii-c Zorgplichtbepalingen in de Arbeidswet 1911*

De regeling van de Arbeidswet van 1889 is met de Arbeidswet van 1911 veranderd. Aanleiding voor de voorgestelde wijziging was in eerste instantie een aantal ongewenste vrijspraken geweest in gevallen waarin schending van de Arbeidswet door bepaalde personen was geduld. De daardoor ontstane wens was de verantwoordelijken sowieso binnen het bereik van het strafrecht te brengen. Het ging er niet om dat de Arbeidswet werd uitgebreid tot het dulden van schendingen van de arbeidswet want die mogelijkheid – zo bleek gaandeweg de wetsgeschiedenis – bestond al. De door de Minister opgesomde ongewenste vrijspraken van passief gebleven hoofden en bestuurders vormde slechts de aanleiding voor de wijziging. Tot die gedachte dringt de optelsom van (1) de wetsgeschiedenis van 1889 waarin door sommigen de voorkeur werd uitgesproken – en in die lijn amendementen werden voorgesteld – dat hoofden en bestuurders zonder meer strafrechtelijk aansprakelijk waren voor wat in hun onderneming gebeurde; plus (2) de wijziging in 1911 die daarbij aansloot voor wat betreft het zonder meer strafrechtelijk dader zijn; plus (3) de woordkeuze voor 'zorgen' in plaats van 'dulden' of 'laten' (zodat het gezien de begeleidende toelichting om meer ging dan slechts het wettelijk regelen van een omissie variant die toch al tot het 'doen verrichten van arbeid in strijd met de Arbeidswet' moest worden gerekend); en plus (4) de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet 1911. Gaandeweg de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet 1911 werd duidelijk wat de betekenis ging worden van de overkoe-

---

<sup>468</sup> Idem, p. 595.

<sup>469</sup> Kanttekeningen van Van Lanschot: *Handelingen I*, 1911/12, p. 15-18 en 42-43. Reactie van Talma, Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel: *Handelingen I*, 1911/12, p. 36-38 en 47. Onderdelen van het debat in de Eerste Kamer zullen in paragraaf 6.2 aan de orde komen.

pelende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin die is terechtgekomen in lid 2 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) en die tot op heden overeind is gebleven in onder meer het huidige art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet. Het ging er niet om vanaf 1911 ook een ‘dulden’ onder de Arbeidswet te brengen, want dat kon al. Het daderschap bij de zorgplichtbepaling moest kennelijk zelfs de passieve kant van de gedraging ontstijgen. Daarom werd naast lid 1 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) dat inhield dat het verboden was in strijd met de Arbeidswet arbeid ‘te doen verrichten’ en daarmee zowel een doen als een laten omvatte, in lid 2 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) een zorgplichtbepaling opgenomen teneinde buiten twijfel te stellen dat in gevallen waarin de Arbeidswet zonder meer op één of andere wijze was geschonden het strafrecht dan (in beginsel) kon worden toegepast ten aanzien van de hoofden, bestuurders of toezichthouders. Een gedraging was daarvoor niet vereist; voor dergelijk doen en/of laten bestond immers al lid 1 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud). Uiteindelijk hebben in de Eerste Kamer de woorden geklonken die aan de onduidelijkheid omtrent de inhoud van het zorgen als gedragsbestanddeel een einde maakten. De Minister benadrukte daar het volgende. *“Volgens de bedoeling van den vooropgestelden regel zal de werkgever niet een zekere mate van zorg hebben aan te wenden over het al of niet voldoende waarvan dan de rechter moet beslissen neen, zoodra een toestand of een feit, als door de wet niet wordt gewild, zich in zijne onderneming voordoet, wordt hij geacht in gebreke te zijn gebleven en valt hij onder de strafbepaling”*.<sup>470</sup> Dán valt de geadresseerde onder de bepaling. Dán is de geadresseerde dader.

### *iii-d. Zorgplichtbepalingen in de Arbeidswet van 1919*

Na het voorgaande lijkt een verdere zoektocht misschien niet meer noodzakelijk, en dat zou ook zo kunnen zijn, maar niettemin wordt die voortgezet. Voor zover in de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet van 1919 het strafrecht al ter sprake kwam, was meestal de bijzondere disculpatiebepaling (en overigens ook vaak de recidiveregeling) voorwerp van debat.<sup>471</sup> Het systeem dat in eerste instantie was opgenomen in de Arbeidswet 1911 in de artikelen 11bis, 11ter en 11quater, is overgenomen in de Arbeidswet van 1919 in de artikelen 74, 75 en 76. Een wijziging werd aangebracht in het tweede lid van art. 74 Arbeidswet 1919 (oud), dat de opvolger was van art. 11bis lid 2 Arbeidswet 1911 (oud). Voorheen was de bepaling beperkt tot een open of besloten ruimte waarover de bestuurder of het hoofd de beschikking had. Het wetsontwerp van 1919 breidde de *“aansprakelijkheid uit door het bedrijfshoofd de verplichting op te leggen te zorgen, dat ‘in zijne onderneming’ geen arbeid wordt verricht in strijd met het bij of krachtens de wet”*.<sup>472</sup> De wetgever bleef aldus vasthouden aan de gedachte die ook in 1911 nadrukkelijk naar voren kwam, namelijk dat de schending van een strafrechtelijke

<sup>470</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 595.

<sup>471</sup> *Handelingen I*, 1918/19, p. 669 en *Handelingen I*, 1919/20, p. 110-111.

<sup>472</sup> *Kamerstukken II*, 1918/19, 408, nr. 3, p. 35-36.

plicht tot zorgen, moest worden gezien als een soort rechtstreekse vorm van strafrechtelijk ouderschap. Ook bijvoorbeeld in het kader van het toenmaals nieuwe vierde lid van art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) waarin het hoofd of de bestuurder volgens de wetgever 'aansprakelijk werd gesteld' voor de naleving van bepalingen, welke niet-naleving op zich zelf nog geen strijd met de Arbeidswet hoefde te betekenen.<sup>473</sup> Die opvatting zegt iets over de benadering door de wetgever van bepalingen waarin aan personen letterlijk een bepaalde plicht tot zorgen wordt opgelegd. Erkend lijkt daarmee namelijk te worden dat bij bepalingen met het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel, het strafrecht veel directer kan worden toegepast. Het systeem uit de Arbeidswet 1911 werd zodoende na weging zwaar genoeg bevonden en bleef zodoende behouden in de Arbeidswet 1919. Het was namelijk op 'uitputtende en in de praktijk geheel bevredigende wijze' geregeld.<sup>474</sup> Ervaringen met de bepalingen uit de Arbeidswet van 1911 hadden niet tot ongewenste gevolgen geleid.<sup>475</sup> Sterker nog, in een aantal bijzondere wetten van later datum, waaronder de in het bovenstaande al voorbij gekomen Veiligheidswet 1934 (paragraaf 5.3.3.1), werd in navolging van de Arbeidswet in vergelijkbare regelingen voorzien.

### *Eén wijziging*

Korte tijd na de inwerkingtreding van de Arbeidswet 1919, werd in artikel 76 een wijziging aangebracht. De aldaar geregelde disculpatiegrond werd enerzijds uitgebreid door ook ouders en voogden op die regeling een beroep te laten doen in het tweede lid.<sup>476</sup> Anderzijds werd de disculpatieregeling ingeperkt. Gebleken was namelijk dat de redactie van art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) te ruim was waardoor daarop te eenvoudig een beroep kon worden gedaan: *"De werkgever of het opzichthoudend personeel kan bevelen geven, toezicht houden en toch zich niet daadwerkelijk tegen het verrichten van den verboden arbeid verzetten. De voorgestelde toevoeging maakt daarom disculpatie slechts mogelijk, indien ook de noodige maatregelen zijn genomen"*.<sup>477</sup> Aan het eerste lid van art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) werd daarom het voor disculpatie vereiste 'genomen zijn van de nodige maatregelen' toegevoegd.<sup>478</sup> De wijziging werd vervolgens zonder beraadslaging en hoofdelijke stemming aangenomen.<sup>479</sup> Tot het in werking treden van de hendaagse Arbeidstijdenwet halverwege de jaren negentig van de twintigste eeuw, bleef deze constructie en het daarmee samenhangende bijzondere ouderschap in de wettelijke regeling overeind. In lid 1 van art. 9 Arbeidswet 1919 (oud) stond tot het eind van de wet: *"Een kind mag geen arbeid verrichten"*. Daarna is,

---

<sup>473</sup> Idem, p. 36.

<sup>474</sup> *Kamerstukken II*, 1918/19, 408, nr. 5, p. 61.

<sup>475</sup> Idem, p. 71.

<sup>476</sup> *Kamerstukken II*, 1921/22, 458, nr. 3, p. 12.

<sup>477</sup> Idem, p. 18.

<sup>478</sup> Vergelijk *Stb.* 1922, 364 en *Kamerstukken II*, 1921/22, 458, nr. 4, p. 47 met Gritter die dit anders heeft gelezen E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 133.

<sup>479</sup> *Handelingen II*, 1921/22, p. 2711 en *Handelingen I*, 1921/22, p. 1040.



voor wat betreft de anti-kinderarbeid-bepaling, de zorggedraging uit de overkoepelende bepaling gehaald en terechtgekomen in de bepalingen zelf. Art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet luidt sindsdien als volgt. “1. *De verantwoordelijke persoon zorgt er voor, dat een kind geen arbeid verricht. [...]*” Aan de zorggedraging is geen andere betekenis toegekend.

#### *iv. Jurisprudentie*

Art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet is één van de weinige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin waarover recentelijk een strafrechter zich heeft gebogen. Het is bij één vonnis gebleven. De rechtbank Maastricht heeft in 2004 uitspraak gedaan in een zaak waarin één van de tenlastegelegde feiten art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet was.<sup>480</sup> In de casus die aan het vonnis ten grondslag lag, is een minderjarige door verstikking om het leven gekomen nadat hij beknelde was geraakt tussen een rolcontainer en de wand van de lift waarin hij die rolcontainer vervoerde. De rechtspersoon is in dat verband als werkgever van de minderjarige verschillende verwijten gemaakt. Niet voor alle feiten volgde veroordeling. Eén van de tenlastegelegde feiten waarvoor de rechtspersoon wel is veroordeeld, betreft art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet. Ten aanzien van dit derde feit luidde de tenlastelegging als volgt. Dat “*zij op of omstreeks 7 september 2002 in de gemeente [M.] meermalen, althans eenmaal als verantwoordelijke persoon (werkgeefster) er niet voor heeft gezorgd dat een kind geen arbeid verrichtte, immers verrichtte(n) een kind, [slachtoffer], geboren [geboortedatum slachtoffer] en/of een kind, [betrokkene], geboren [geboortedatum betrokkene] arbeid als werknemer(s) van verdachte door een rolcontainer te verplaatsen met gebruikmaking van een lift zonder kooiafsluiting*”.<sup>481</sup> De bewezenverklaring luidde dat “*zij op 7 september 2002 in de gemeente Maastricht als verantwoordelijke persoon (werkgeefster) er niet voor heeft gezorgd dat een kind geen arbeid verrichtte, immers verrichtte een kind, [slachtoffer], geboren [geboortedatum slachtoffer] arbeid als werknemer van verdachte door een rolcontainer te verplaatsen met gebruikmaking van een lift zonder kooiafsluiting*”.<sup>482</sup> Het verweer dat sprake was van ‘niet-industriële arbeid’ in de zin van art. 3:2 lid 2 sub b Arbeidstijdenwet zodat de strafbaarheid van het feit zou ontbreken als gevolg waarvan zou moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolging, mocht niet baten. Voor de overtreding van art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet kreeg de dader een onvoorwaardelijke geldboete van 900 Euro opgelegd. Op de zorggedraging is niet bijzonder ingegaan. Daar was ook weinig op in te gaan. Gezien voorgaande alinea’s over de werking van het zorgbestanddeel lijken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin delicten te zijn zonder gedraging. Als een kind (van een bepaalde leeftijd) ergens arbeid (in een bepaalde vorm) verricht, is per definitie sprake van een zorggebrek: er is dan eenvoudigweg niet gezorgd en de geadresseerde is direct dader. Er had evengoed kun-

<sup>480</sup> Rechtbank Maastricht 13 juli 2004, LJN AQ1079.

<sup>481</sup> Idem.

<sup>482</sup> Idem.

nen staan dat het kind geen groene trui mocht dragen. Zou zich een dergelijke (door de wetgever ongewenste) situatie toch aandienen, dan zou de werkgever vanzelf dader zijn. Het ouderschap staat los van de delictsgedraging (het zorgen). De rechtsstatelijke houdbaarheid van deze bijzondere constructie valt te – en zal in latere hoofdstukken, na een verdere uiteenzetting van de constructie, worden – bezien.

#### *v. Tussenstand*

Hoewel het in onderhavige subparagraaf ging om de zorgplichtbepaling die betrekking heeft op de hedendaagse regeling van kinderarbeid in de Arbeidstijdenwet, is uiteindelijk meer aandacht besteed aan de betekenis die in de geschiedenis van de Arbeidswetten van 1889, 1911 en 1919 is gegeven aan het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. Op basis van de parlementaire debatten, de ideeën van de Minister, de suggesties die het in eerste instantie niet haalden maar in latere wetsedities toch tot regel werden en op basis van de disculpatieregelingen, zijn expliciete aanwijzingen gevonden aan de hand waarvan mogelijk voorzichtig een constructie zou kunnen worden ontwaard die moet worden gekoppeld aan het strafrechtelijk ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. In eerste voorlopige opzet is die bijzondere constructie als volgt. Indien zich een door de wetgever ongewenste situatie voordoet waarvan een persoon had moeten zorgen dat die zich niet zou voordoen, lijkt het zo te zijn dat deze persoon rechtstreeks moet worden gezien als dader, zonder dat daarvoor een gedraging in traditionele zin (zijnde een doen en/of laten) hoeft te worden aangeduid. Het ouderschap lijkt aldus rechtstreeks, zonder enige tussenstep, te kunnen worden geconstateerd en daarmee is mogelijk sprake van een soort ‘risico-ouderschap’. Of deze interpretatie daadwerkelijk gelding heeft, wordt onderzocht in hoofdstuk 6. In ieder geval is hier ten dele een bevestiging gevonden van eerder geuite vermoedens aangaande de bijzondere werking van zorgplichtbepalingen.

#### **5.3.3.2 Art. 3:4 Arbeidstijdenwet – ‘zorgt ervoor’**

Art. 3:4 Arbeidstijdenwet luidt als volgt. *“De werkgever zorgt ervoor dat een ieder, die over een kind het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent of in wiens huishouding een kind is opgenomen, doeltreffend wordt ingelicht over de aard van de arbeid en de daaraan verbonden mogelijke gevaren en over de maatregelen die er op gericht zijn deze gevaren te voorkomen of te beperken.”*

Art. 10:1 Arbeidstijdenwet luidt als volgt. *“Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen [...] 3:4 [...]”*

Art. 11:3 lid 1 en 4 Arbeidstijdenwet luiden als volgt. *“1. Het niet naleven van een bepaling, genoemd in artikel 10:1 wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van dat beboetbare feit voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden*

*van ten hoogste 24 maanden, voor een beboetbaar feit bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden, behoudens in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen. [...]*

*4. Een strafbaar feit als bedoeld in dit artikel is een overtreding in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de economische delicten."*

Art. 1 onder 3 WED luidt als volgt. "*Economische delicten zijn: [...] 3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: de Arbeidstijdenwet, [...] en een niet naleven als bedoeld in artikel 11:3, eerste tot en met derde lid; [...]*"

Art. 2 lid 3 WED luidt als volgt. "[...] 3. *De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 3°, zijn misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij in de desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt.*"

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. "*1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.*"

#### *i. Strafbepaling*

De tweede wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin uit de huidige Arbeidstijdenwet is art. 3:4 Arbeidstijdenwet. In art. 1 onder 3 WED staat dat het niet naleven van art. 11:3 Arbeidstijdenwet een economisch delict is. In art. 11:3 Arbeidstijdenwet staat dat schending van de bepalingen uit art. 10:3 Arbeidstijdenwet onder omstandigheden (kort gezegd recidive) strafbare feiten zijn. In art. 10:3 Arbeidstijdenwet wordt art. 3:4 Arbeidstijdenwet genoemd. Aldus kan art. 3:4 Arbeidstijdenwet worden aangemerkt als economisch delict. Gezien art. 11:3 lid 4 Arbeidstijdenwet juncto art. 2 lid 3 WED levert schending van art. 3:4 Arbeidstijdenwet een overtreding en geen misdrijf op. Op de overtreding staat een maximale hechtenisstraf van zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie gesteld (art. 6 lid 1 onder 4 WED). Art. 3:4 Arbeidstijdenwet is gericht tot de werkgever. Deze geadresseerde zorgt ervoor dat een ieder, die over een kind het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent of in wiens huishouding een kind is opgenomen, doeltreffend wordt ingelicht over de aard van de arbeid en de daaraan verbonden mogelijke gevaren en over de maatregelen die er op gericht zijn deze gevaren te voorkomen of te beperken.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

Het inlichten van ouders of voogden door de werkgever dient *doeltreffend* te zijn. Over de doeltreffendheid van informatieverstrekking is in het kader van art. 8 lid 1, 2 en 3 Arbeidsomstandighedenwet in het bovenstaande al een en ander naar voren gekomen (paragraaf 5.3.3.1.3). Ook in andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin komt de term 'doeltreffend' wel voor in lijstjes van maatregelen waarvoor de geadresseerde moet zorgen (zie bijv. art. 5:30 Wft

en art. 3 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet). Mogelijk schept de term onduidelijkheid over de delictsgedraging en het biedt een aardige gelegenheid daarbij kort stil te staan. Evenals in onderhavig art. 3:4 Arbeidstijdenwet is de term doeltreffend niet gekoppeld aan de zorggedraging. Er staat niet dat de werkgever 'doeltreffend zorg draagt'. Er staat dat de werkgever doeltreffend inlicht. Dat 'doeltreffend inlichten' is echter niet de ouderschap construerende delictsgedraging. De werkgever moet namelijk *zorgen* dat doeltreffend wordt ingelicht. In geval sprake is van niet doeltreffend inlichten, dan heeft de werkgever niet gezorgd. Dat 'niet zorgen' is wat in de tenlastelegging en uiteindelijk in de bewezenverklaring moet terugkeren. De strekking van laatstgenoemde procesrechtelijke stukken kan niet zijn 'ten laste is gelegd respectievelijk bewezen is verklaard *dat hij niet doeltreffend heeft ingelicht*'. De strekking moet namelijk zijn 'ten laste is gelegd respectievelijk bewezen is verklaard *dat hij niet heeft gezorgd*'.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In art. 3:4 Arbeidstijdenwet staat dat de werkgever ervoor zorgt dat ouders en voogden doeltreffend worden ingelicht over de aard van de arbeid en de daaraan verbonden mogelijke gevaren en over de maatregelen die de gevaren voorkomen of beperken. De bepaling is halverwege de jaren negentig in de Arbeidstijdenwet terechtgekomen, maar stond nog niet in het eerste wetsvoorstel.<sup>483</sup> In art. 6 lid 3, alinea 2 van de EG-richtlijn 'jongeren' staat een voorlichtingsverplichting opgenomen.<sup>484</sup> De wetgever heeft ervoor gekozen deze verplichting te implementeren in art. 3:4 Arbeidstijdenwet.<sup>485</sup> Genoemde richtlijn dwong evenwel geenzins tot de gekozen 'zorgplicht'-redactie van het artikel. Voor het werkwoord 'zorgen' als gedragsbestanddeel koos de wetgever zodoende, zonder nadere toelichting, zelf. Opmerking verdient dat de bepaling op het moment van inwerking treden nog niet binnen het bereik van het strafrecht viel.<sup>486</sup> Dat gebeurde pas toen per 1 oktober 2004 art. 3:4 Arbeidstijdenwet werd opgenomen in art. 10:1 Arbeidstijdenwet in het kader van de bestuurlijke boeten.<sup>487</sup> In art. 11:3 Arbeidstijdenwet werd opgenomen dat onder omstandigheden schending van art. 10:1 Arbeidstijdenwet strafrechtelijke consequenties kon hebben. Voor die tijd stond art. 3:4 Arbeidstijdenwet nog niet genoemd in art. 11:3 Arbeidstijdenwet. Aan de strafbaarstelling van art. 3:4 Arbeidstijdenwet is in de bijbehorende wetsgeschiedenis geen bijzondere aandacht besteed.<sup>488</sup>

### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 3:4 Arbeidstij-

<sup>483</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 646, nr. 2.

<sup>484</sup> Richtlijn 94/33/EG van de Raad van 22 juni 1994 betreffende de bescherming van jongeren op het werk (*PbEG* 1994 L 216/12).

<sup>485</sup> *Kamerstukken II*, 1994/95, 23 646, nr. 12, p. 2, 6-7 en 12.

<sup>486</sup> Vergelijk art. 11:3 Arbeidstijdenwet (*Stb.* 1995, 598).

<sup>487</sup> Wet van 30 juni 2004, *Stb.* 2004, 323. In werking per 1 oktober 2004, *Stb.* 2004, 488.

<sup>488</sup> Vergelijk *Kamerstukken I en II*, 29 000, nr. 1 e.v.

denwet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

*v. Tussenstand*

Weinig verrassend voor recentelijk ingevoerde wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, wordt door de wetgever niet stilgestaan bij de keuze voor het strafrecht en niet bij de inhoud van het zorgen. Art. 3:4 Arbeidstijdenwet is in de wet opgenomen naar aanleiding van Europese regelgeving. Vanuit Europa werd echter niet aangedrongen op het gebruik van de term ‘zorgen’ en andermaal rijst de vraag of de bijzondere wetgever van de laatste decennia zich wel bewust is van de materieelrechtelijke positie die in het strafrecht toekomt aan het gedragsbestanddeel zorgen. De bijzondere wetgever heeft vanzelfsprekend met name aandacht voor het bijzondere onderwerp waarop de bijzondere wet ziet, maar dat hoeft op hetzelfde moment niet in te houden dat de strafrechtelijke zijde stelselmatig zo onderbelicht kan blijven als in bijzondere wetgeving van de laatste jaren aan de orde lijkt te zijn.

**5.3.3.2.3 Art. 5:16 Arbeidstijdenwet – ‘zorgt ervoor’**

Art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet luidt als volgt. *“1. Indien een werknemer naast het verrichten van arbeid in Nederland tevens buiten Nederland arbeid verricht, zorgt de in Nederland gevestigde werkgever ervoor, dat die werknemer geen arbeid verricht in strijd met deze wet en de daarop berustende bepalingen.”*

Art. 10:1 Arbeidstijdenwet luidt als volgt. *“Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen [...] 5:16, eerste lid, voor zover het niet naleven van dit artikellid een overtreding oplevert, [...]”*

Art. 11:3 lid 1 en 4 Arbeidstijdenwet luiden als volgt. *“1. Het niet naleven van een bepaling, genoemd in artikel 10:1 wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van dat beboetbare feit voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een beboetbaar feit bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden, behoudens in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen. [...]”*

*4. Een strafbaar feit als bedoeld in dit artikel is een overtreding in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de economische delicten.”*

Art. 1 onder 3 WED luidt als volgt. *“Economische delicten zijn: [...]3°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: de Arbeidstijdenwet, [...] en een niet naleven als bedoeld in artikel 11:3, eerste tot en met derde lid; [...]”*

Art. 2 lid 3 WED luidt als volgt. *“[...] 3. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 3°, zijn misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij in de desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt.”*

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. “1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.”

#### *i. Strafbepaling*

Indien een werknemer naast het verrichten van arbeid in Nederland tevens buiten Nederland arbeid verricht, zorgt de in Nederland gevestigde werkgever ervoor, dat die werknemer geen arbeid verricht in strijd met de Arbeidstijdenwet en de daarop berustende bepalingen. De strafbaarstelling loopt via het eerste lid van art. 5:16 Arbeidstijdenwet langs art. 10:1 en 11:3 lid 1 en 4 Arbeidstijdenwet naar art. 1 onder 3, art. 2 lid 3 en art. 6 lid 1 onder 4 WED. Schending van art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet levert geen misdrijf maar een overtreding op die kan worden bestraft met hechtenisstraf van hoogstens zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De onderhavige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is gericht tot de in Nederland gevestigde werkgever. Die werkgever moet ervoor zorgen dat zijn werknemer geen arbeid verricht in strijd met de Arbeidstijdenwet en wat daaronder verder nog aan regelgeving hangt.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

Zorgplichtbepaling bestrijkt in beginsel de hele Arbeidstijdenwet. Vertoont daarvoor voor wat betreft het bereik overeenkomsten met oude systeem art. 74 – 76 Arbeidswet 1919 (oud) en art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud). Teneinde ongebreidelde toepassing te voorkomen is art. 5:16 Arbeidstijdenwet slechts economisch delict voorzover de arbeid in kwestie strijdig zou zijn met de Arbeidstijdenwet zelfstandig een overtreding zou opleveren. In art. 10:1 Arbeidstijdenwet staat letterlijk “5:16, eerste lid, voor zover het niet naleven van dit artikellid een overtreding oplevert”.

#### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was art. 5:16 Arbeidstijdenwet neergelegd in artikel 5:14. Daarnaast bestond art. 10:1 Arbeidstijdenwet nog niet. Het artikel was rechtstreeks als economisch delict aangemerkt in art. 11:3 Arbeidstijdenwet. Belangrijker is dat in het voorgestelde art. 5:14 Arbeidstijdenwet het bestanddeel ‘ervoor zorgen’ ontbrak. In plaats daarvan stond als gedragsbestanddeel opgenomen dat de werkgever de arbeid ‘zodanig organiseert’ dat de werknemer geen arbeid verricht in strijd met de Arbeidswet.<sup>489</sup> Op enig moment is artikel 5:14 vernummerd tot artikel 5:16. Tegelijkertijd is toen het werkwoord ‘zorgt’ als bestanddeel opgenomen.<sup>490</sup> Eenvoudig staat in de kamerstukken geschreven: “In het nieuwe artikel 5:16, eerste lid, wordt ‘organiseert’ vervangen door: zorgt, en

---

<sup>489</sup> Kamerstukken II, 1993/94, 23 646, nr. 2, p. 17 en 21.

<sup>490</sup> Kamerstukken II, 1994/95, 23 646, nr. 8, p. 4-5.

wordt 'de arbeid zodanig' vervangen door: ervoor".<sup>491</sup> Een verdere uitleg of toelichting in de wetsgeschiedenis lijkt voor deze wijziging niet te kunnen worden gevonden.<sup>492</sup> Het meest opmerkelijk is in dit verband dat veel vergelijkbare andere bepalingen in de Arbeidstijdenwet wél de oorspronkelijk voorgestelde vorm behielden – en tot op heden grotendeels hebben behouden – waarin stond dat 'de werkgever de arbeid zodanig organiseert dat'.<sup>493</sup> Evenals artikel 5:16 lid 1 werden deze bepalingen tot economisch delict bestempeld. Dat maakt het spontaan door de wetgever omtoveren van art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet in een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin des te opmerkelijker.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet kent een korte, merkwaardige geschiedenis. Gedurende het totstandkomingsproces besloot de wetgever op enig moment ogenschijnlijk zonder concrete aanleiding om 'organiseert de arbeid zodanig' te vervangen door 'zorgt ervoor'. Dat maakte art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet tot een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Interessant is dat het bereik van de bepaling overeenkomsten vertoont met oude bepalingen uit de Arbeidswetten van 1889, 1911 en 1919. Het huidige art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet legt op de werkgever de verplichting te zorgen voor naleving van de Arbeidstijdenwet. Dat is een ruime bepaling geworden met bovendien een bijzondere daderschapsvorm. De wetgever heeft niet laten weten daarvan op de hoogte te zijn toen hij ervoor koos art. 5:16 lid 1 Arbeidstijdenwet tot zorgplichtbepaling om te dopen.

### **5.3.3.3 Tussenstand arbeid gerelateerde wetgeving**

Duidelijk is geworden dat zorgen veelal zonder daadwerkelijke aanleiding in de wet is opgenomen. Soms dwingt Europa specifiek tot een zorgplichtbepaling, maar ook op Europees niveau is niet gebleken van een specifieke bedoeling bij zorgplichtbepalingen. Hoewel zodoende ook weinig is uitgesproken betreffende het functioneren van deze bepalingen, is incidenteel wel een aantal aanwijzingen gevonden. Zo is zorgen meer dan 'maatregelen nemen'. Het omvat tevens bijvoorbeeld een zeker 'optreden', 'middelen verschaffen' en 'bevelen geven'. Uiteindelijk lijken in de geschiedenis van de Arbeidstijdenwet de aanwijzingen van het grootste gewicht te zijn gevonden voor wat betreft de werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. De Minister overwoog bij de Arbeidswet

<sup>491</sup> Idem, p. 5.

<sup>492</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1994/95, 23 646, nr. 8, p. 15.

<sup>493</sup> Vergelijk de in art. 11:3 strafbaar gestelde art. 4:6, 5:3 lid 1 en 2, 5:4 lid 3 en 4, 5:5 lid 1 en 2, 5:6, 5:7 lid 3, 5:8 lid 3, 5:9 lid 3, 5:10 lid 7, 5:11 lid 2-4, 5:13 lid 2, 5:14 lid 3 en 5:15 lid 6 in *Stb.* 1995, 598.

van 1911 dat het bij zorgen gaat om iets anders dan doen of laten. Het daderschap is namelijk veel rechtstreeks. Van daderschap bij zorgplichtbepalingen kan al sprake zijn indien de door de wetgever ongewenste situatie zich voordoet. Een gedraging in meer traditionele zin lijkt niet te hoeven worden aangewezen. Ter falsificatie daarvan zal in het onderstaande verder worden gezocht naar de werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen en de verhouding daarvan tot het strafrechtelijk daderschap.

### **5.3.4 Zorgplichtbepalingen en vervoerwetgeving**

In het vervoerrecht kan ook een aantal wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden aangetroffen. Onder meer kunnen worden genoemd art. 1.3 Wet luchtvaart, art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen, art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000, art. 47 lid 1 Spoorwegwet en art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud). Overtreding van art. 1.3 Wet luchtvaart is strafbaar gesteld in art. 11.9 Wet luchtvaart. De andere bepalingen zijn strafbaar gesteld in art. 1 onder 4 WED. In de Wet op de economische delicten staan ook andere wetten opgesomd die een connectie hebben met transport en vervoer maar daarin staan geen bepalingen die als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin kwalificeren. Een willekeurige greep kunnen deze bepalingen daarom niet worden genoemd. Ten aanzien van art. 1.3 Wet luchtvaart zou daarover in verband met het ontbreken van een directe connectie met de Wet op de economische delicten anders kunnen worden gedacht maar ook die bepaling werd via de Wet op de economische delicten ontdekt. Bij het nalopen van andere artikelen uit de Wet luchtvaart die wel in de Wet op de economische delicten zijn opgenomen, kwam art. 1.3 Wet luchtvaart voorbij en bleek toevalligerwijs dat dat de enige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin uit de Wet luchtvaart was.

#### *Geijkt stramien*

De bespreking van de bepalingen volgt ook in onderhavige paragraaf het geijkte stramien. Nadat eerst de zorgplichtbepaling en de met de strafbaarstelling daarvan samenhangende bepalingen letterlijk zijn weergegeven, volgt (i) een korte uiteenzetting over de bepaling ten aanzien van sanctienorm, misdrijf-overtreding onderscheid, geadresseerde en zorggedraging, (ii) eventuele opmerkelijkheden, (iii) de zorggedraging in de betreffende wetsgeschiedenis en (iv) recente jurisprudentie.

#### **5.3.4.1 Art. 1.3 Wet luchtvaart – ‘er voor zorg te dragen’**

Art. 1.3 Wet luchtvaart luidt als volgt. *“Een luchtvaartmaatschappij is verplicht er voor zorg te dragen, dat: a. de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen in een zodanige staat zijn, dat daarmee veilig gevlogen en vervoerd kan worden; b. het boordpersoneel van de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen over voldoende kennis, bedrevenheid en ervaring beschikt; c. al datgene wordt gedaan, wat in haar vermogen ligt om ernstige lichamelijke of*



*geestelijke vermoeidheid van de leden van het boordpersoneel bij de bediening van luchtvaartuigen te voorkomen.”*

Art. 11.9 lid 1 onder a onder 1 en lid 2 Wet luchtvaart is opgenomen in Titel 11.1 ‘Toezicht en strafrechtelijke handhaving’ en luidt als volgt. “1. *Met een hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van ten hoogste de derde categorie wordt gestraft degene, die a. handelt in strijd met de artikelen 1° 1.3;[...]*  
2. *De in het eerste lid van dit artikel strafbaar gestelde feiten zijn overtredingen.”*

#### *i. Strafbepaling*

Op overtreding van art. 1.3 Wet luchtvaart staat maximaal een hechtenisstraf van zes maanden of een geldboete van de derde categorie gesteld. Schending van deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin levert geen misdrijf op maar een overtreding (art. 11.9 lid 2 Wet luchtvaart). De bepaling is gericht tot de luchtvaartmaatschappij. De geadresseerde is dus per definitie een rechtspersoon. Deze rechtspersoon is verplicht er voor zorg te dragen, dat de door hem geëxploiteerde luchtvaartuigen in een zodanige staat zijn, dat daarmee veilig gevlogen en vervoerd kan worden, dat het boordpersoneel van de door hem geëxploiteerde luchtvaartuigen over voldoende kennis, bedrevenheid en ervaring beschikt en dat al datgene wordt gedaan, wat in zijn vermogen ligt om ernstige lichamelijke of geestelijke vermoeidheid van de leden van het boordpersoneel bij de bediening van luchtvaartuigen te voorkomen. In de bepaling is een drietal situaties opgesomd waarvoor de luchtvaartmaatschappij moet zorgen. Dient de door de wetgever ongewenste situatie zich niet aan, dan heeft de luchtvaartmaatschappij niet gezorgd en is zij dader.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

In eerdere hoofdstukken kwam deze wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin al voorbij (bijvoorbeeld in paragraaf 4.3.1). De bepaling spreekt tot de verbeelding. Gechargeerd gesteld kan een ernstig gapende piloot resulteren in het strafrechtelijk daderschap van de luchtvaartmaatschappij in kwestie. Dat is een bepaald opmerkelijke basis voor bewuste leedtoevoeging door de overheid.

Opmerkelijk is verder dat, in tegenstelling tot veel andere bepalingen in de Wet luchtvaart, art. 1.3 Wet luchtvaart niet in de Wet op de economische delicten strafbaar is gesteld.

#### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Het boordpersoneel dient volgens de wetgever over de nodige kennis en ervaring te beschikken om het luchtvaartuig goed te bedienen en om in geval van nood adequaat te reageren.<sup>494</sup> De luchtvaartmaatschappijen zijn “*in de commerciële luchtvaart de eerstverantwoordelijken voor veilige luchtvaartuigen en bekwaam*

<sup>494</sup> *Kamerstukken II, 1995/96, 24 513, nr. 3, p. 2.*

*boord- en grondpersoneel*".<sup>495</sup> Dit beleidsuitgangspunt is door de wetgever nieuw neergelegd in art. 1.3 Wet luchtvaart.<sup>496</sup> De bepaling kent in eerdere luchtvaart-wetgeving geen voorgangers. In art. 1.3 Wet luchtvaart is in een niet nader toege-lichte<sup>497</sup> soort (wat de wetgever noemt) 'mede-aansprakelijkheid' van de luchtvaartmaatschappij voorzien.<sup>498</sup> Dat de gekozen formulering het onbedoelde effect zou kunnen hebben dat een luchtvaartmaatschappij slechts ervaren personeel in dienst kan hebben omdat onduidelijk zou zijn hoe een luchtvaartmaatschappij er altijd voor zou kunnen zorg dragen dat het boordpersoneel over ervaring beschikt, aangezien luchtvaartmaatschappijen ook nieuw personeel zouden moeten kunnen aantrekken dat wel de vereiste opleiding maar niet de vereiste ervaring heeft,<sup>499</sup> is in de wetsgeschiedenis weerlegd door erop te wijzen dat "*alle boordpersoneel pas na een gedegen opleiding aan boord werkzaamheden mag verrichten. Voor het cockpitpersoneel geldt daarbij al een ervaringseis. Verder houdt de bepaling in, dat het boordpersoneel in zijn totaliteit aan de genoemde eisen moet voldoen. Dit behoeft niet in de weg te staan, dat één of enkele personeelsleden nog niet volledig ervaren zijn*".<sup>500</sup> Naast dat hier de concrete werking van de bepaling naar voren komt, wordt uit de vraagstelling enigszins het functioneren van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling duidelijk. De zorgplicht (welke inhoud die ook heeft) geldt namelijk altijd. De geadresseerde luchtvaartmaatschappij zal voortdurend aan de gestelde eisen (welke dat ook zijn) moeten voldoen. Zodra zich een situatie voordoet die in strijd is met de te dragen zorg, is de bepaling geschonden en kan strafrechtelijk worden geïntervenieerd (zie nader hoofdstuk 6). Een verdere toelichting is naast bovenstaande citaten in de wetsgeschiedenis niet te vinden. Men spreekt vooral van een 'algemene verplichting voor luchtvaartmaatschappijen' zonder in het bijzonder erbij stil te staan dat het hier een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin betreft met een zeer eigen karakter.<sup>501</sup>

#### iv. Jurisprudentie

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 1.3 Wet luchtvaart is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### v. Tussenstand

Art. 1.3 Wet luchtvaart vormt geen uitzondering ten opzichte van de meeste andere hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Voor de inhoud van de bepaling of de keuze voor het strafrecht bestond geen speciale belangstelling. De opmerkingen die in de totstandkomingsgeschiedenis wel

<sup>495</sup> Idem.

<sup>496</sup> Idem.

<sup>497</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 513, nr. 3, p. 13.

<sup>498</sup> *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 513, nr. 5, p. 7.

<sup>499</sup> *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 513, nr. 4, p. 4.

<sup>500</sup> *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 513, nr. 5, p. 4.

<sup>501</sup> Idem, p. 7.

zijn gemaakt, laten de in de vorige paragraaf voorzichtig gesignaleerde bijzondere materieelrechtelijke betekenis van zorgplichtbepalingen (naar aanleiding van de Arbeidstijdenwet 1911) onberoerd.

#### **5.3.4.2 Art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen – ‘zorgt ervoor’**

Art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen luidt als volgt. “1. De kapitein: [...] c. zorgt ervoor dat hij de bij ministeriële regeling vast te stellen gegevens heeft ontvangen alvorens vaste bulkklading wordt geladen. [...]”

Art. 1 onder 4 WED luidt als volgt. “Economische delicten zijn: [...] 4°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet laden en lossen zeeschepen, de artikelen [...] 8, eerste lid, onderdelen b en c, en tweede lid, [...]”

Art. 2 lid 4 WED luidt als volgt. “[...] 4. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 4°, en artikel 1a, onder 3°, zijn overtredingen. [...]”

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. “1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]”

##### *i. Strafbepaling*

De zorgplichtbepaling in art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen wordt in art. 1 onder 4 WED als economisch delict aangemerkt. Ingevolge art. 2 lid 4 WED kan het slechts een overtreding zijn. De straffen die worden geriskeerd zijn hechtenisstraf van hoogstens zes maanden, taakstraf en geldboete van de vierde categorie. De bepaling is gericht tot de kapitein. De kapitein moet ervoor zorgen dat hij de bij ministeriële regeling vast te stellen gegevens heeft ontvangen voordat vaste bulkklading wordt geladen.

##### *ii. Opmerkelijkheden*

Eigenlijk valt niets op aan de bepaling. Wat misschien omwille van de duidelijkheid interessant kan zijn op te merken, is dat onderdeel a van art. 8 lid 1 Wet laden en lossen zeeschepen waarin staat ‘dat de kapitein te allen tijde verantwoordelijk is voor het veilig laden of lossen van het onder zijn gezag staande bulkschip,’ nadrukkelijk *geen* economisch delict oplevert.

##### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

De Wet laden en lossen zeeschepen is bedoeld ter implementatie van een richtlijn die voorschriften bevat die in het kader van bulkschepen gericht zijn tot kapiteins, exploitanten en vertegenwoordigers.<sup>502</sup> In artikel 7 onderdeel 1, onder c

<sup>502</sup> Richtlijn nr. 2001/96/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 december 2001 tot vaststelling van geharmoniseerde voorschriften en procedures voor veilig laden en lossen van bulkschepen (*PbEG* 2002, L 13/9).

van de betreffende richtlijn staat een zorgplicht voor de kapitein opgenomen. Deze bepaling is vrij letterlijk naar de Nederlandse regeling overgezet in art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen.<sup>503</sup> Veel eigen initiatief lag daaraan dus niet ten grondslag. Voor wat betreft de inhoud van de zorggedraging wordt in de specifieke toelichting van de bepaling slechts aangeduid om welke gegevens het gaat.<sup>504</sup> Niet wordt in de wetsgeschiedenis uitgewerkt hoe de materieelstrafrechtelijke werking is van het werkwoord 'zorgen' dat als gedragsbestanddeel opgenomen staat in de enge wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling (art. 8 lid 1 onder c) uit de Wet laden en lossen zeeschepen. Op de keuze voor het strafrecht is wel ingegaan.

#### *Keuze voor strafrecht*

Redenen voor het strafbaar stellen in de Wet op de economische delicten zijn ten eerste dat wegens de "*uitvoeringstechnische problemen*" van bestuursrechtelijke sancties als gevolg van het "*dynamische karakter van een schip en veel voorkomende vestiging in het buitenland*" voor strafrechtelijke sanctionering geen effectieve alternatieven voor handen zijn.<sup>505</sup> Ten tweede zouden gelijksoortige verplichtingen in reeds bestaande nationale wetten ook strafrechtelijk worden benaderd.<sup>506</sup> Voorts rusten allerlei verplichtingen in gelijke mate op verschillende personen en ligt het in de rede dat voor al die personen de sanctionering op gelijke wijze kan plaatsvinden.<sup>507</sup> In verband met de economische motieven – zo snel mogelijk laden en lossen – die veelal de doorslag zullen geven bij het schenden van de bepalingen uit de Wet laden en lossen zeeschepen, heeft de wetgever ervoor gekozen de bepaling strafbaar te stellen in de Wet op de economische delicten.

#### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

#### *v. Tussenstand*

Art. 8 lid 1 onder c Wet laden en lossen zeeschepen is in 2004 vrij direct overgenomen uit een Europese richtlijn. Bij de invoering van de bepaling is niks over de strafrechtelijke inhoud van het zorgbestanddeel meegegeven. Wel is over de keuze voor het strafrecht opgemerkt dat bij de beslissing tot strafbaarstelling een rol heeft gespeeld dat vergelijkbare andere bepalingen ook strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, zou ten aanzien van sancties geen onderscheid mogen worden gemaakt ten opzichte van andere betrokkenen dan de kapitein waarop gelijke regelingen van toepassing zijn en als laatste maar zeker niet als minste

---

<sup>503</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29713, nr. 3, p. 28.

<sup>504</sup> *Idem*, p. 18-19.

<sup>505</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>506</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>507</sup> *Idem*, p. 12.

zou wegens het ‘dynamische karakter’ van een schip en de ‘veel voorkomende vestiging in het buitenland’ geen effectief alternatief voor strafrechtelijke sancti-  
oning voor handen zijn.

#### **5.3.4.3 Art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 – ‘draagt er zorg voor’**

Art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 luiden als volgt. “1. *De vervoerder die openbaar vervoer, besloten busvervoer of taxivervoer verricht, alsmede de bestuurder van een bus of auto waarmee openbaar vervoer, besloten busvervoer of taxivervoer wordt verricht, draagt er zorg voor dat in de bus of auto waarmee dat vervoer wordt verricht een geldig vergunningbewijs aanwezig is.*

2. *De vervoerder die taxivervoer verricht, alsmede de bestuurder van een auto waarmee taxivervoer wordt verricht, draagt er zorg voor dat in de auto waarmee dat vervoer wordt verricht het vergunningbewijs zichtbaar voor de reiziger aanwezig is.*”

Art. 1 onder 4 WED luidt als volgt. “*Economische delicten zijn: [...] 4°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet personenvervoer 2000, de artikelen 5a, eerste en tweede lid [...]*”

Art. 2 lid 4 WED luidt als volgt. “4. *De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 4°, en artikel 1a, onder 3°, zijn overtredingen.*”

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. “1. *Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]*”

#### *i. Strafbepaling*

In de eerste twee leden van art. 5a Wet personenvervoer 2000 zijn twee zorgplichtbepalingen opgenomen. Het zijn economische delicten die per definitie overtreding zijn en geen misdrijf. De straf gesteld op overtreding beloopt maximaal zes maanden hechtenis, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. De bepalingen zijn gericht tot bepaalde vervoerders en bestuurders. Meer bepaald zijn de geadresseerden in lid 1 de vervoerders die openbaar vervoer, besloten busvervoer of taxivervoer verrichten en bestuurders van een bus of auto waarmee openbaar vervoer, besloten busvervoer of taxivervoer wordt verricht. Lid 2 is gericht tot de vervoerder die taxivervoer verricht en de bestuurder van een auto waarmee taxivervoer wordt verricht. De vervoerder zal meestal een maatschappij en dus rechtspersoon zijn. De bestuurder zal feitelijk de taxichauffeur of buschauffeur zijn. Deze geadresseerden moeten volgens de wetgever ervoor zorg dragen dat een geldig vergunningbewijs aanwezig is in het voertuig (de bus of auto) waarmee wordt vervoerd. In geval van taxivervoer moeten vervoerder en bestuurder bovendien, ingevolge lid 2, ervoor zorg dragen dat het vergunningsbewijs zichtbaar voor de reiziger aanwezig is. Is het vergunningsbewijs niet aanwezig of kan in de taxi de reiziger het niet zien, dan hebben vervoerder en be-

stuurder hun zorgplicht geschonden en zijn zij ouders van het economisch delict.

### *ii. Opmerkelijkheden*

Interessant is dat art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 zijn overgenomen uit het Besluit personenvervoer 2000.<sup>508</sup> De corresponderende voorlopers werkten echter als directe feitelijke plicht. Toen de bepalingen in de Wet personenvervoer 2000 terechtkwamen werd gekozen voor een verplichting tot 'zorg dragen'. De vraag is waarom die omvorming heeft plaats gevonden. Die vraag is relevant aangezien, zoals in paragraaf 4.4.2 duidelijk werd, tussen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin en feitelijke plichten, zoals aangifte doen van geboorte, relevante verschillen zitten.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

Art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 zien op de zorg voor de (zichtbare) aanwezigheid van een geldig vergunningsbewijs in bepaalde voertuigen. De bepalingen zijn overgeheveld uit het Besluit personenvervoer 2000.<sup>509</sup> Het betreft volgens de wetgever algemene bepalingen over de vergunningsbewijzen die inhoudelijk niet zijn gewijzigd.<sup>510</sup> Interessant is echter dat de bedoelde bepalingen, art. 16 en 17 Besluit personenvervoer 2000, een directe verplichting behelsden zonder dat gebruik werd gemaakt van het werkwoord 'zorg' (of afgeleiden daarvan) als bestanddeel. Helaas is nergens voorzien in een toelichting. De wetswijziging waarmee artikel 5a is ingevoerd, had vooral betrekking op een verbodsbepaling in artikel 11. De artikelsgewijze toelichting op art. 5a Wet personenvervoer 2000 is vooral slechts een vrij letterlijke herhaling van de tekstuele inhoud van de voorgestelde bepaling.<sup>511</sup> Meer wordt er niet over gezegd.

### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

### *v. Tussenstand*

Art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 stonden reeds opgenomen in het Besluit personen vervoer 2000. Dat daarin, anders dan in de uiteindelijke eerste leden van artikel 5a, nog niet een zorggedraging stond strafbaar gesteld, maakte volgens de wetgever inhoudelijk geen verschil. Had de wetgever indringender naar de zorggedraging gekeken, dan had hij misschien opgemerkt dat daarover juist twijfel bestaat. In onderhavig onderzoek is ondertussen duidelijk aan het worden dat de laatste decennia door een grote hoeveelheid bijzondere strafwetgevers behoorlijk onverschillig met de zorggedraging lijkt te worden omgegaan.

---

<sup>508</sup> Besluit van 14 december 2000, *Stb.* 2000, 563, p. 7. Het betreft de art. 16 en 17 Besluit personenvervoer 2000, *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 802, nr. 3, p. 4.

<sup>509</sup> Besluit van 14 december 2000, *Stb.* 2000, 563, p. 7.

<sup>510</sup> *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 802, nr. 3, p. 4.

<sup>511</sup> *Idem*, p. 5.

De strafrechtelijke achtergrond van art. 5a lid 1 en 2 Wet personenvervoer 2000 valt op dit onderdeel niet uit de toon.

#### **5.3.4.4 Art. 47 lid 1 Spoorwegwet – ‘draagt er zorg voor’**

Art. 47 Spoorwegwet luidt als volgt. “1. *De spoorwegonderneming of de houder van een spoorvoertuig draagt er zorg voor dat de door hen gebruikte spoorvoertuigen, de uitrusting en de als zodanig aangewezen onderdelen daarvan tijdens het gebruik in het verkeer over de hoofdspoorwegen bij voortdurend blijven voldoen aan:*

*a. de toepasselijke technische specificaties inzake interoperabiliteit, bedoeld in artikel 2, onderdeel g, van richtlijn 2000/16/EG, respectievelijk artikel 2, onderdeel g, van richtlijn 96/48/EG;*

*b. de eisen, bedoeld in de artikelen 37, tweede lid, 38, eerste lid, onderdeel a, of tweede lid, 40, tweede lid, of 41, tweede lid.*

2. *Voor de toepassing van dit artikel wordt onder houder van een spoorvoertuig verstaan degene die als eigenaar of anderszins beschikkingsbevoegde dit voertuig duurzaam als transportmiddel exploiteert.”*

Art. 1 onder 4 WED luidt als volgt. “*Economische delicten zijn: [...] 4°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Spoorwegwet, de artikelen [...] 47 [...]*”

Art. 2 lid 4 WED luidt als volgt. “*4. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 4°, en artikel 1a, onder 3°, zijn overtredingen.*”

Art. 6 lid 1 onder 4 WED luidt als volgt. “*1. Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.[...]*”

#### *i. Strafbepaling*

Zoals de meeste vervoer gerelateerde wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, staat ook art. 47 lid 1 Spoorwegwet in onderdeel 4 van art. 1 WED. De bepaling is daarom ‘slechts’ overtreding en geen misdrijf. De geadresseerde riskeert een hechtenisstraf van ten hoogste zes maanden, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie. De geadresseerde is de spoorwegonderneming of de houder van een spoorvoertuig. In het tweede lid is opgenomen dat onder houder van een spoorvoertuig wordt verstaan degene die als eigenaar of anderszins beschikkingsbevoegde het voertuig duurzaam als transportmiddel exploiteert. De geadresseerden dragen er zorg voor dat de spoorvoertuigen die zij gebruiken en de uitrusting en de als zodanig aangewezen onderdelen daarvan tijdens het gebruik in het verkeer over de hoofdspoorwegen bij voortdurend blijven voldoen aan bepaalde nadere genoemde specificaties en eisen.

#### *ii. Opmerkelijkheden*

De letterlijke wettekst in ogenschouw nemend, is opvallend dat de verlangde zorg

is beperkt tot *tijdens het gebruik*. Als de spullen eenmaal worden gebruikt, dan moet tegelijkertijd worden gezorgd dat zij bij voortduring blijven voldoen aan de in art. 47 lid 1 onder a en b Spoorwegwet opgesomde eisen.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In eerste instantie stond de bepaling in de voorgestelde wetswijziging opgenomen als artikel 45,<sup>512</sup> later werd dat het uiteindelijke art. 47 Spoorwegwet.<sup>513</sup> De bepaling is als economisch delict aangemerkt in art. 4 onder 1 WED. Over die keuze is niet uitgewijd.<sup>514</sup> Het uitgangspunt was “*dat waar regels gesteld worden, handhaving plaats dient te vinden*”.<sup>515</sup> In het wetsvoorstel werd getracht de naleving met een combinatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving zo adequaat mogelijk te verzekeren.<sup>516</sup> Voor wat betreft art. 47 lid 1 Spoorwegwet wordt in de wetsgeschiedenis niet veel duidelijkheid verstrekt. Het spoorwegverkeer zal voor ingebruikname aan bepaalde eisen van veiligheid en interoperabiliteit moeten voldoen. Maar ook daarna zal het materiaal gedurende het verdere gebruik moeten voldoen aan de nadere eisen waarop in artikel 47 wordt gewezen.<sup>517</sup> Gewezen wordt op een Europese richtlijn maar daaraan is het ‘zorg’-bestanddeel niet ontleend.<sup>518</sup> Waar de zorgplichtbepaling vandaan komt, blijft schimmig. De voorganger van de wet, de Spoorwegwet 1875, heeft gegolden tot 1 januari 2005.<sup>519</sup> Vanaf die datum speelt ook de Wet op de economische delicten pas een rol. De art. 32b en 32c Spoorwegwet 1875 kwamen het meest in de buurt van het huidige art. 47 Spoorwegwet, maar waren niet strafrechtelijk te handhaven. Vanuit strafrechtelijk perspectief is daardoor niets belangwekkends meege-deeld in de wetsgeschiedenis ten aanzien van de eventuele voorlopers van art. 47 lid 1 Spoorwegwet.

### *iv. Jurisprudentie*

Over de strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van art. 47 lid 1 Spoorwegwet is geen recente jurisprudentie gepubliceerd.

### *v. Tussenstand*

Opnieuw dient zich een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin aan waarover in de wetsgeschiedenis vrijwel niets is gezegd. Er zijn weliswaar algemene (weinig zeggende) opmerkingen gemaakt over de keuze voor het strafrecht maar die hadden geen bijzondere betrekking op art. 47 Spoorwegwet. Inhoudelijk is over de zorggedraging evenmin iets opgehelderd. De oorsprong er-

---

<sup>512</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 482, nr. 2, p. 16.

<sup>513</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 482, nr. 69, p. 16.

<sup>514</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 482, nr. 3, p. 77.

<sup>515</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 482, nr. 11, p. 30.

<sup>516</sup> *Idem*.

<sup>517</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 482, nr. 3, p. 50.

<sup>518</sup> *Idem*. Vergelijk art. 5 lid 2 Richtlijn 96/48/EG van de Raad van 23 juli 1996 betreffende de interoperabiliteit van het transeuropees hoge-snelheidsspoorwegsysteem (*PbEG* 1996 L 235).

<sup>519</sup> *Stb.* 2003, 264. In werking tredend per 1 januari 2005, *Stb.* 2004, 741.



van ligt in ieder geval niet in een Europese regeling of in een oude nationale wet. De bijzondere wetgever heeft zelf de beslissing genomen om te werken met een zorgplichtbepaling die strafrechtelijk kan worden gehandhaafd. Het is jammer dat de wetgever over het hoe en waarom van de bepaling verder niets heeft toegelicht.

#### 5.3.4.5 Art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) – ‘zorgen’

Vanaf 1 mei 1992 tot 1 mei 2009 was de Wet goederenvervoer over de weg van kracht.<sup>520</sup> In die regeling was in het vierde artikel een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling opgenomen. Art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) luidde als volgt. “1. *De hoofden of bestuurders van een onderneming zijn verplicht te zorgen, dat in de onderneming niet wordt gehandeld in strijd met het bepaalde in de artikelen 5, eerste en derde lid, 14, eerste lid 15, eerste lid, en 21, en met de voorschriften, krachtens deze wet gegeven, voor zover overtreding daarvan een strafbaar feit is.*

2. *Gelijke verplichting rust op het toezichthoudend personeel, voor zover het door het hoofd of de bestuurder schriftelijk met de zorg voor de naleving van die bepalingen is belast.*

3. *Aan de verplichting van het hoofd of de bestuurder en van het toezichthoudend personeel is voldaan, wanneer zij aantonen, dat door hen de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden om de naleving te verzekeren van de bepalingen, voor welke naleving zij verplicht waren te zorgen.”*

Art. 1 onder 4 WED luidde toentertijd als volgt. “Economische delicten zijn: [...] 4°. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: [...] de Wet goederenvervoer over de weg, de artikelen 4, eerste en tweede lid [...]”

Art. 2 lid 4 WED luidde toentertijd als volgt. “4. *De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 4°, en artikel 1a, onder 3°, zijn overtredingen.”*

Art. 6 lid 1 WED luidde toentertijd als volgt. “1. *Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] 4°. in geval van een andere overtreding, met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. [...]*”

#### *i. Strafbepaling*

De laatste in dit hoofdstuk te bespreken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is in de zomer van 2009 ingetrokken. Het was een overtreding en geen misdrijf. In de Wet op de economische delicten stond op schending van de bepaling een straf gesteld van hoogstens zes maanden, taakstraf of geldboete

<sup>520</sup> Wet van 12 maart 1992, *Stb.* 1992, 145. In werking getreden per 30 april 1992, *Stb.* 1992, 197. De wet is ingetrokken per 1 mei 2009, *Stb.* 2009, 193. Wet van 30 oktober 2008, *Stb.* 2008, 492.

van de vierde categorie. De bepaling was gericht tot de hoofden of bestuurders van een onderneming (lid 1) en tot het toezichthoudend personeel (lid 2), voor zover dat toezichthoudend personeel door het hoofd of de bestuurder schriftelijk met de zorg voor de naleving van de in het eerste lid genoemde bepalingen was belast. De wetgever verlangde dat de geadresseerden ervoor zorgden dat in de onderneming niet werd gehandeld in strijd met het bepaalde in de artikelen 5, eerste en derde lid, 14, eerste lid 15, eerste lid, en 21, en met de voorschriften, krachtens de Wet goederenvervoer over de weg gegeven, voor zover overtreding daarvan een strafbaar feit was.

## *ii. Opmerkelijkheden*

Interessant is dat de wetgever op de geadresseerden een soort handhavingstaak had gelegd. De hoofden of bestuurders behoorden te zorgen dat in hun onderneming bepaalde regels niet werden overtreden. Een aantal van de in lid 1 van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg genoemde bepalingen betrof op zichzelf reeds strafbare feiten. Zo verbood art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) het verrichten van binnenlands beroepsvervoer zonder daartoe strekkende vergunning. Het was echter alleszins niet bijzonder dat de verlangde zorg betrekking had op het voorkomen van schending van een aantal wettelijke bepalingen. Die constructie kwam vaker voor.<sup>521</sup> Het werkwoord 'zorgen' als gedragsbestanddeel lijkt niet op een andere wijze te zijn gebruikt dan in de andere in onderhavig onderzoek onderzochte wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin het geval is. Opvallend was wel het tweede lid waarin de in het eerste lid genoemde hoofden en bestuurders de plicht tot zorgen schriftelijk konden neerleggen bij toezichthoudend personeel. De zorg werd daarmee niet verplaatst aangezien op alle geadresseerden in gelijke mate de verplichting bleef rusten te zorgen dat in de onderneming niet werd gehandeld in strijd met het bepaalde in een aantal artikelen uit de Wet goederenvervoer over de weg respectievelijk uit daarop gebaseerde lagere regelgeving. Wat nog meer opviel dan het tweede lid, was het derde lid. In het derde lid stond uitgewerkt op welke wijze de geadresseerden uit het eerste en tweede lid zich eventueel konden disculperen. Deze constructie lijkt men bij moderne wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen niet vaak tegen te komen. In oudere wetten – waarin men nadrukkelijker lijkt te hebben stilgestaan bij de materieelstrafrechtelijke betekenis van het zorgen – daarentegen des te meer. Een tweede opmerking die over het derde lid moet worden gemaakt, is dat daaraan een aanwijzing voor de materieel strafrechtelijke invulling van het werkwoord 'zorg' als bestanddeel uit het eerste lid kan worden ontleend. De vraag is of ook nu zal worden bevestigd dat het zorgen – anders dan soms wordt gedacht – meer omvat dan slechts 'de nodige maatregelen nemen'. Gezien lid 3 van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg moest de zorg van de geadresseerde te-

---

<sup>521</sup> Overigens merendeels niet bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen maar in het kader van vergunningen en de daarmee veelal samenhangende zorg de vergunningsvoorwaarden niet te schenden.

vens inhouden dat de nodige bevelen waren gegeven, de nodige middelen waren verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht was gehouden teneinde datgene te bereiken waarvoor moest worden gezorgd. Antwoorden waarnaar in de wetsgeschiedenis op zoek zal worden gegaan hebben betrekking op de reden voor strafbaarstelling en de inhoud van het werkwoord 'zorgen' dat in het bijzonder in het licht van het derde lid moet worden geplaatst. In hoofdstuk 6 zal vervolgens specifiek worden stilgestaan bij de verhouding tussen disculpatieregelingen en wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

### *iii. Zorggedraging in wetsgeschiedenis*

In de voorgestelde Wet goederenvervoer over de weg uit 1992 stond de zorgplichtbepaling niet van begin af aan in artikel 4 opgenomen. In eerste instantie stond het in artikel 5 van het wetsvoorstel en was het bovendien geen strafbepaling.<sup>522</sup> Dat laatste bleek later ten onrechte te zijn geweest.<sup>523</sup> Uiteindelijk kwam de bepaling terecht in artikel 4. De Wet goederenvervoer over de weg was de opvolger van de Wet autovervoer goederen uit 1951.<sup>524</sup> In de wet uit 1951 stond in artikel 5 reeds dezelfde zorgplichtbepaling opgenomen. Ook onder het veranderde regime eind jaren tachtig bleef volgens de wetgever behoefte bestaan aan een zorgplicht.<sup>525</sup> De inhoud van de zorgplichtbepaling wordt niet gevonden in de wetsgeschiedenis uit de jaren tachtig. Daarvoor zal moeten worden gekeken naar de wetsgeschiedenis van de jaren veertig-vijftig. In 1947 werd een ontwerp van Wet tot regeling van het vervoer van goederen met vrachtauto's ingediend. Deze Wet autovervoer goederen, bevatte in de gedaante van artikel 5 een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling.<sup>526</sup> In de bijbehorende wetsgeschiedenis wordt over het bepaalde in art. 5 Wet autovervoer goederen 1951 (oud), vrijwel niets gemeld.<sup>527</sup> Wel wordt opgemerkt<sup>528</sup> dat de opbouw van de wet gelijk is aan die van de Wet Autovervoer Personen uit 1939 (oud).<sup>529</sup> Ook in die wet is een paragraaf opgenomen, getiteld 'algemene voorschriften'. In artikel 7 van de Wet autovervoer personen stond exact dezelfde bepaling opgenomen. Het enige (voor de hand liggende) verschil was de verwijzing naar andere te schenden bepalingen in het eerste lid. Aldus lijkt art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) te kunnen worden teruggevoerd op een kort-vooroorlogse wet. "*Ook gedurende de he-*

<sup>522</sup> *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 532, nr. 2, p. 4 en 15.

<sup>523</sup> *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 532, nr. 7, p. 16, *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 532, nr. 8, p. 26, *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 532, nr. 10, p. 3-4, 6 en *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 532, nr. 13, p. 3.

<sup>524</sup> Wet van 4 augustus 1951, *Stb.* 1951, 342.

<sup>525</sup> *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 532, nr. 3, p. 16.

<sup>526</sup> *Kamerstukken II*, 1947/48, 635, nr. 2, p. 1. De strafbaarstelling werd in art. 46 Wet autovervoer goederen voorgesteld en kwam later terecht in art. 62 Wet autovervoer goederen.

<sup>527</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1947/48, 635, nr. 3, p. 11, *Kamerstukken II*, 1947/48, 635, nr. 4, p. 18 en 20, *Kamerstukken II*, 1947/48, 635, nr. 5, p. 22 en 26 en *Kamerstukken II*, 1949/50, 635, nr. 10, p. 48 en 50.

<sup>528</sup> *Kamerstukken II*, 1947/48, 635, nr. 3, p. 8.

<sup>529</sup> Wet van 24 juni 1939, *Stb.* 1939, 527 (p. 313 e.v.).

*laas korte periode, waarin de wet volledig gewerkt heeft, is niet van bezwaren van systematische aard gebleken*" en evenmin zou daartoe de materie zelf hebben genoopt.<sup>530</sup> De bepaling bleef zodoende overeind. De vraag rijst naar de geschiedenis van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud). Die geschiedenis heeft zich langs een aantal wegen voltrokken. In navolgende alinea's wordt daarom gekeken naar de wetsgeschiedenis van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud), het Reglement autovervoer personen 1937 (oud), het Wilde bussen-arrest en vergelijkbare strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepalingen uit geheel andere bijzondere wetten (te weten de Arbeidswet 1889, 1911 en Veiligheidswet 1934) van die tijd.

#### *Zorggedraging in voorloper art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud)*

Voor de totstandkomingsgeschiedenis van het artikel zal moeten worden teruggefallen op de bepaling uit de wet die ter inspiratie diende, te weten art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud). Die bepaling heeft gedurende de totstandkoming eind jaren dertig wel een aantal wijzigingen moeten ondergaan ten opzichte van de oorspronkelijke versie.<sup>531</sup> In plaats van 'opzichthoudend' werd in het derde lid uiteindelijk gesproken van 'toezichthoudend' en is tevens gekozen voor het meervoud 'hoofden of bestuurders' in het eerste lid in plaats van 'hoofd of bestuurder'.<sup>532</sup> Van meet af aan is voorgesteld de bepaling strafrechtelijk te kunnen handhaven.<sup>533</sup> Evenmin als het werkwoord 'zorgen' als bestanddeel, heeft de keuze voor strafbaarstelling enig moment ter discussie gestaan.<sup>534</sup> Aldus wordt duidelijk dat wel aan het delict is gesleuteld in de jaren dertig, maar dat de aandacht niet bepaald uitging naar het strafrecht of het gebruik van het gedragsbestanddeel 'zorgen'. De vraag naar de strafrechtelijke herkomst en de betekenis van de verlangde zorg blijft daarom nog even onbeantwoord. Voor opheldering zal een stap verder moeten worden teruggezet, namelijk naar het Reglement autovervoer personen 1937 (oud).

#### *Reglement autovervoer personen 1937*

Een andere mogelijkheid om op terug te vallen voor toelichting en uitleg, is dat in het Reglement autovervoer personen 1937 (oud)<sup>535</sup> – als meest directe voorganger van de Wet autovervoer personen 1939 – een equivalent van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) gevonden zou kunnen worden waarop de redactie van artikel 7, en daarmee het in onderhavige paragraaf onderzochte art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud), zou kunnen zijn gebaseerd. In tegenstelling

---

<sup>530</sup> *Kamerstukken II*, 1947/48, 635, nr. 3, p. 8.

<sup>531</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 2, p. 2 en *Stb.* 1939, 527 (p. 314).

<sup>532</sup> *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 2, p. 2, *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 4, p. 30 en *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 5, p. 44.

<sup>533</sup> Vergelijk *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 2, p. 13, *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 4, p. 38 en *Handelingen II*, 1938/39, p. 1673.

<sup>534</sup> Het was geen discussiepunt *Kamerstukken II*, 1938/39, nr. 149, nr. 3, p. 23-24: aan het voorgestelde art. 7 en de strafbaarstelling in art. 61 werd geen aandacht besteed.

<sup>535</sup> Besluit van 12 januari 1937, *Stb.* 1937, 562.

tot zorgplichtbepalingen van nog oudere makelij verwijst art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) naar verschillende over de wet verspreide bepalingen ten aanzien waarvan hoofd, bestuurder en eventueel toezichthouder moesten zorgen dat die niet werden geschonden. Eén van die bepalingen is art. 59 Wet autovervoer personen 1939 (oud).<sup>536</sup> De kern van dit artikel is dat in het vervoermiddel een geldig vergunningsbewijs aanwezig moet zijn. In het Reglement autovervoer personen 1937 (oud) stonden in artikel 19 lid 1 en 23 lid 3 vergelijkbare voorschriften als zorgplichtbepaling opgenomen en strafbaar gesteld in art. 37 lid 2 Reglement autovervoer personen 1937 (oud). In zekere zin zou daardoor kunnen worden gesteld dat de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling uit de Wet autovervoer personen 1939 (oud), artikel 7, de redactie voor een deel ontleende aan het daaraan weer voorafgegane Reglement autovervoer personen 1937 (oud). In de parlementaire geschiedenis kon echter over eventueel daarbij gemaakte keuzes niets worden gevonden.

*Wilde bussen-arrest als aanleiding voor vormgeving art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud)?*

In het kader van het Reglement autovervoer personen 1937 is voor de totstandkoming van de Wet autovervoer personen 1939 overigens mogelijk nog het ‘Wilde bussen’-arrest van belang.<sup>537</sup> Het Reglement onderging indertijd een wijziging naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad.<sup>538</sup> Het arrest had betrekking op par. 47, art. 2 van de Bezuinigingswet 1935.<sup>539</sup> Die bepaling creëerde de mogelijkheid het exploiteren van bepaalde vormen van vervoer afhankelijk te maken van een te verlenen vergunning. In het bijbehorende ‘Reglement autovervoer personen’ stond in artikel 2 de vergunningplicht opgenomen en werd in artikel 37, kort gezegd, het in bepaalde gevallen niet hebben van de vergunning strafbaar gesteld.<sup>540</sup> De redactie van par. 47, art. 2 van de Bezuinigingswet 1935 sloot uit dat de directeur kon worden gestraft wanneer het de naamloze vennootschap was die ‘had geëxploiteerd’. In geval een vennootschap al exploiteerde, kon de directeur als werknemer niet degene zijn die zonder vergunning exploiteerde. Tegelijkertijd bestond (nog) niet de algemene mogelijkheid dat de rechtspersoon

<sup>536</sup> Dit artikel valt zelf overigens ook te kwalificeren als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling aangezien de geadresseerde werd verplicht *zorg te dragen* voor de aanwezigheid van het vergunningsbewijs in het vervoermiddel en het artikel in art. 62 lid 1 Wet autovervoer personen 1939 (oud) het strafrechtelijke veld in werd getrokken. Inhoudelijk lijkt dit een voorloper te zijn van art. 5a lid 1 en 2 van de Wet personenvervoer 2000 die hierboven in paragraaf 5.3.4.3 zijn besproken. De wetgever van de betreffende bepaling heeft daarop echter niet gewezen en bovendien was in het Besluit personenvervoer 2000 juist geen sprake meer van een zorgplichtbepaling. Dat de wetgever met de nieuwe wettelijke regeling weer terug lijkt te grijpen op de oude redactie is opmerkelijk. Nog opmerkelijker is dat de wetgever zich daarvan niet bewust lijkt te zijn geweest.

<sup>537</sup> Hoge Raad 21 februari 1938, NJ 1938, 820, m.nt. W. Pompe.

<sup>538</sup> Besluit van 3 juni 1938, *Stb.* 1938, 565. Overigens vond niet iedereen de gekozen aanpak de meest voor de hand liggende, *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 4, p. 25.

<sup>539</sup> Wet van 29 november 1935, *Stb.* 1935, 685.

<sup>540</sup> Besluit van 12 januari 1937, *Stb.* 1937, 562.

strafrechtelijk dader kon zijn. Indien dus in bepaalde gevallen werd vervoerd zonder of in strijd met een vergunning terwijl werd geëxploiteerd door een vennootschap, kon daarvoor volgens de Hoge Raad niemand strafrechtelijk worden gesanctioneerd voor het niet hebben van een vergunning. Door het wel strafrechtelijk aanspreken van de directeur zou de reikwijdte van de verleende bevoegdheid immers worden overstrekt. Daarop zag de bevoegdheid die de Kroon in par. 47, art. 2 van de Wet van 29 november 1935 was verleend namelijk niet.<sup>541</sup> Het Reglement autovervoer personen 1937 werd naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad indertijd dan ook gewijzigd.<sup>542</sup> Wat de rol van het 'Wilde bussen'-arrest bij de vorming van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) precies is geweest, kan niet goed worden gemeten. Nergens in de wetsgeschiedenis wordt overwogen dat artikel 7 is opgenomen in verband met dit arrest, maar de casus ervan lijkt met de bepaling wel enigszins in verband te kunnen worden gebracht. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de uiteindelijke redactie van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) in ieder geval de problematiek die in het 'Wilde bussen'-arrest aan de orde was het hoofd kon bieden.

#### *Inspiratie in andere wetgeving uit die tijd?*

Nergens wordt expliciet vermeld of de redactie van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin van 1939 mogelijk aan een geheel andere strafbepaling uit een andere wet kan zijn ontleend. Het is een reële mogelijkheid omdat een op hoofden of bestuurders rustende plicht te zorgen immers ook al wel in andere wetten voorkwam. Voorbeelden daarvan zijn art. 11 juncto 17 Arbeidswet 1889 (oud)<sup>543</sup> en in art. 8 juncto 19 Veiligheidswet 1895 (oud).<sup>544</sup> In de toenmalige Arbeidswet (zie paragraaf 5.3.3.1) en Veiligheidswet werd nog niet in een disculpatieregeling voorzien. Evenmin was al geregeld dat de hoofden of bestuurders<sup>545</sup> hun plicht konden neerleggen bij opzichthoudend (later toezichthoudend) personeel. Voorts werd niet in meervoudsvormen gedacht, maar richtten de bepalingen zich tot 'het hoofd' of 'de bestuurder'. Daarin kwam door de jaren heen gaandeweg verandering. In de Veiligheidswet uit 1934 waren veel meer specifieke wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin neergelegd dan in de wet van Veiligheidswet 1895<sup>546</sup> en in art. 29 Veiligheidswet 1934 was in een

<sup>541</sup> Zie voorts de toelichting in *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 3, p. 17 en *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 4, p. 25.

<sup>542</sup> Besluit van 3 juni 1938, *Stb.* 1938, 565. Overigens vond niet iedereen de gekozen aanpak de meest voor de hand liggende, *Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 4, p. 25.

<sup>543</sup> Wet van 5 mei 1889, *Stb.* 1889, 48.

<sup>544</sup> Wet van 20 juli 1895, *Stb.* 1895, 137.

<sup>545</sup> Uiteraard niet de chauffeurs maar de 'bestuurders der onderneming' *Stb.* 1926, 250 (p. 281).

<sup>546</sup> Te weten art. 6 lid 3, 7 lid 5, 8 lid 2, 9 lid 5, 10 lid 3, 11 lid 4, 12 lid 4, 13 lid 1, 15 lid 1, 16 lid 4, 17 lid 1 tweede zinsdeel, 19 lid 1 en 19 lid 3 allen juncto art. 31 lid 1 onder a Veiligheidswet 1934 (oud). De Veiligheidswet is niet nader in aparte paragrafen besproken omdat de huidige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de Arbeidsomstandighedenwet daarmee geen binding hebben en geen verdere aanknopingspunten met die wet in moderne andere wetten kan worden gevonden (zie paragraaf 5.3.3.1).

delegatie- (naar personeel) en een disculpatie-mogelijkheid voorzien.<sup>547</sup> In de Arbeidswet had dezelfde ontwikkeling in 1911 plaatsgevonden.<sup>548</sup> Deze over verschillende artikelen verspreide regeling van een tot hoofden, bestuurders en toezichthoudend personeel gerichte zorgplichtbepaling, komt vrijwel geheel overeen met het in onderhavige subparagraaf aan de orde zijnde art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) en diens voorloper art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud). In dat licht bezien, zou het zeer wel kunnen zijn dat deze vervoersrechtelijke bepalingen ten dele ontleend zijn aan de Arbeidswet en de Veiligheidswet.<sup>549</sup> Ondanks dat de oorsprong aldoende iets helderder wordt, blijft de vraag waarom voor de uiteindelijke redactie met ‘zorgen’ als strafrechtelijk gedragsbestanddeel werd gekozen. Voor wat de arbeid gerelateerde wetgeving betreft is deze vraag in de vorige paragraaf (paragraaf 5.3.3) aan de orde geweest en van een antwoord voorzien. De daar gegeven toelichting betreffende de inhoud van het werkwoord ‘zorg’, zou – gezien het voorgaande – ook relevant kunnen zijn voor de uitleg van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) en het daarop gebaseerde art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud).

*Slotsom oorsprong zorggedraging art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud)*

Bij het ontbreken van aanwijzingen van het tegendeel lijkt het aannemelijk dat, mede gezien de overeenkomstigheden met andere bepalingen, de ontwerper van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) – één van de oudste voorlopers van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) – is geïnspireerd door een regeling als in de Arbeidswet vanaf 1911 wordt aangetroffen (zie paragraaf 5.3.3.1). Daarna lijkt de redactie van artikel 7 ten opzichte van die oudere regelingen wat te zijn verfijnd en beter afgesteld,<sup>550</sup> maar zijn geen fundamentele beslissingen genomen betreffende de inhoud en werking van het werkwoord ‘zorgen’ als bestanddeel, noch betreffende de toepasselijkheid van het strafrecht. De inhoud van de zorggedraging lijkt daarom te moeten worden benaderd in lijn met de betekenis die daaraan in wetten als de Arbeidswet 1911 is gegeven.

<sup>547</sup> Wet van 2 juli 1934, *Stb.* 1934, 352.

<sup>548</sup> Overigens werd een disculpatieregeling en de delegatie naar toezichthoudend personeel een aantal jaren later wel in de betreffende wetten opgenomen, zie art. 11bis, 11ter en 11quater Arbeidswet 1911 (oud) en art. 29 Veiligheidswet 1934 (oud). Zie over zorgplichtbepalingen en disculpatieregelingen Hoofdstuk 6.

<sup>549</sup> Een andere optie is dat art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) geïnspireerd zou kunnen zijn op de Wet betreffende de openbare middelen van vervoer uit 1880 (Wet van 23 april 1880, *Stb.* 1880, 67). De Wet betreffende de openbare middelen van vervoer 1880 wordt in de wetsgeschiedenis van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) ook wel genoemd als voorbeeld van ‘één van de oudere wetten’ waaraan de toen voorgestelde Wet autovervoer personen 1939 het bestaan ontleende (*Kamerstukken II*, 1938/39, 149, nr. 4, p. 25. Althans wordt gewezen op de wijziging in 1926, Wet van 30 juli 1926, *Stb.* 1926, 250). Deze wet bevat eenzelfde soort zorgplicht als de genoemde Arbeidswet 1889 en Veiligheidswet 1895. Of het op deze bepalingen daadwerkelijk is gebaseerd, wordt in de wetsgeschiedenis van art. 7 Wet autovervoer personen 1939 (oud) niet onomstotelijk duidelijk.

<sup>550</sup> Bijvoorbeeld het enkelvoud van hoofd of bestuurder en ‘opzichthoudend’ personeel in plaats van het latere ‘toezichthoudend’ personeel.

*iv. Jurisprudentie*

Over art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) is de afgelopen jaren een drietal uitspraken gedaan en gepubliceerd. Twee daarvan hebben betrekking op hetzelfde feitencomplex.

*Hof Den Haag 27 oktober 2004, LJN AR4963*

Het Haagse hof meende in 2004 dat art. 4 lid 1 en 2 Wet goederenvervoer over de weg (oud), niet kon zijn gericht tot de rechtspersoon waarbinnen in strijd met de Wet goederenvervoer over de weg (oud) zou zijn gedragen. Overwogen werd: *“Nu de wetgever uitdrukkelijk deze personen [hoofd, bestuurder en toezichthoudend personeel – BK] als normadressaat heeft aangewezen, is er voor een vervolging van de rechtspersoon als zodanig geen plaats”*.<sup>551</sup> Opmerkelijk is wel dat vervolgens het desondanks wel bewezenverklaarde niet strafbaar werd geacht. Het zou misschien logischer zijn geweest – aangezien het hof spreekt van het ‘voor vervolging geen plaats zijn’ – dat het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk zou zijn verklaard. Bovendien was de Hoge Raad een aantal jaren later in een andere strafzaak een inhoudelijk andere mening toegedaan: rechtspersonen konden zeer wel geadresseerde zijn van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud). Daarover gaat deels de volgende alinea.

*Hoge Raad, 17 juni 2008, LJN BC8684, NJ 2008, 362 na Hof Den Haag, 14 oktober 2005, LJN AU4450*

Op het beroep in cassatie tegen de betreffende uitspraak<sup>552</sup> overwoog de Hoge Raad voor de duidelijkheid onder meer dat de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin, art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud), zeer zeker wel kon zijn gericht tot rechtspersonen die hoofd, bestuurder of toezichthoudend personeel zijn. *“Een rechtspersoon kan derhalve slechts als pleger van overtreding van art. 4 Wgw worden veroordeeld indien hij onder één van die in die bepaling genoemde categorieën kan worden gerangschikt. Dat staat overigens niet eraan in de weg een rechtspersoon in voorkomende gevallen als deelnemer aan het in art. 4 Wgw omschreven strafbare feit aansprakelijk te stellen”*.<sup>553</sup> Bij de zorggedraging wordt inhoudelijk in het arrest niet in het bijzonder stilgestaan. Wel laat de Hoge Raad de uitleg onaangetast die aan de werking van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen in enge zin kan worden gegeven zoals die in voorgaande paragrafen in dit hoofdstuk aan de hand van een flink aantal kleine vingervijzingen in verschillende bijzondere wetten en één belangrijke uitleg naar aanleiding van de Arbeidswet 1911 lijkt te moeten worden opgetuigd. De wijze waarop de Hoge Raad niet meegaat in bepaalde cassatiemiddelen van het Openbaar Ministerie ondersteunt de bijzondere werking van het ouderschap bij wettelijke straf-

---

<sup>551</sup> Hof Den Haag 27 oktober 2004, LJN AR4963.

<sup>552</sup> Hof Den Haag, 14 oktober 2005, LJN AU4450.

<sup>553</sup> Hoge Raad, 17 juni 2008, LJN BC8684, NJ 2008, 362, r.o. 3.5.



rechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. In combinatie daarmee is het arrest van de Hoge Raad bovendien nog van belang voor het ouderschap van rechtspersonen. Het Openbaar Ministerie was zich bewust dat het cassatieberoep betrekking had op een licht strafwaardig feit, maar had de cassatie desondanks ingesteld omdat *“binnen de kring van de handhavers van het zogenaamde ordeningsrecht sprake [was – BK] van onduidelijkheid over de strekking van de hier in het geding zijnde voorschriften. In zoverre zal de uitspraak van Uw Raad in deze casus heel nadrukkelijk reflex-werking kunnen hebben”*.<sup>554</sup> Voordat daarop kan worden ingegaan, is het echter noodzakelijk dat in het volgende hoofdstuk eerst de bijzondere ouderschapsconstructie bij zorgplichtbepalingen en bijbehorende problematiek worden uiteengezet. Aansluitend kan in hetzelfde hoofdstuk bij het belang van deze uitspraak van de Hoge Raad worden stilgestaan.

#### *v. Tussenstand*

In de wetsgeschiedenissen van alle voorgangers van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) dat gold van 1992 tot 2009, werd over de betekenis van het werkwoord ‘zorgen’ als gedragsbestanddeel en over de keuze voor strafbaarstelling niets bijzonders vermeld. Op basis van de voorlopers van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg lijkt te moeten worden aangehaakt bij de materieelrechtelijke uitleg die in de Arbeidswet 1911 aan zorgplichtbepalingen is gegeven. Dat de reikwijdte van de bepaling onduidelijk was en dat in de praktijk – in ieder geval bij het openbaar Ministerie – een behoefte aan opheldering van het delict bestond, kwam naar voren in een arrest dat de Hoge Raad in juni 2008 heeft gewezen. Als gevolg van een uitdrukkelijk beroep door het Openbaar Ministerie is in de verlangde opheldering ten dele ook voorzien.

De Wet goederenvervoer over de weg is per 1 mei 2009 vervallen.<sup>555</sup> De daarvoor in de plaats gekomen Wet wegvervoer goederen kent louter verbodsbepalingen. Alle zorgplichten zijn geschrapt of geherformuleerd.<sup>556</sup> Dat is een interessante ontwikkeling. Het lijkt een welbewuste keuze te zijn geweest, al staat dat niet met zoveel woorden in de wetshistorie vermeld. Eén van de doelstellingen van de nieuwe wet is versoering van de regelgeving en verbetering van de handhaafbaarheid op dit terrein.<sup>557</sup> Bij zorgplichtbepalingen wordt niet stilgestaan. Slechts één strafrechtelijke zorgplichtbepaling is nog te vinden, en wel in het op art. 2.3 lid 4 Wet wegvervoer goederen gebaseerde art. 10 Regeling wegvervoer goederen.<sup>558</sup>

### **5.3.5 Tussenstand bijzonder strafrecht**

In de bijzondere strafwetgeving van de laatste paar decennia zijn veel verschillende varianten van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin

<sup>554</sup> Cassatieschriftuur bij Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 (alineea 11).

<sup>555</sup> Besluit van 6 april 2009, *Stb.* 2009, 193.

<sup>556</sup> Vergelijk Wet van 30 oktober 2008, *Stb.* 2008, 492.

<sup>557</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 896, nr. 3, p. 3-4.

<sup>558</sup> Juncto art. 18 Regeling wegvervoer goederen, *Stcrt.* 2009, 75.

opgenomen.

### *Verschillen*

Sommige zorgplichtbepalingen zijn gericht op een bepaalde veiligheidskwestie (bijvoorbeeld art. 1a Woningwet), andere richten zich op de kwaliteit van het personeel (bijvoorbeeld art. 1.3 onder b Wet luchtvaart). Weer andere delicten vallen op doordat de wetgever expliciet in de wettekst de term 'zorgplicht' heeft neergelegd die op de geadresseerde rust (bijvoorbeeld art. 11 Wet voorkoming verontreiniging door schepen). In sommige gevallen wordt uitgewerkt wat onder meer onder het bestanddeel 'zorg' moet worden verstaan (bijvoorbeeld in het tweede lid van art. 19L Natuurbeschermingswet 1998). Dergelijke aanduidingen blijken echter niet meer dan een aanknopingspunt te zijn. Immers, dat aanknopingspunt laat in de gekozen formulering nadrukkelijk ruimte bestaan voor verdere interpretaties en invullingen die aan het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel kunnen worden gegeven. Incidenteel komt het voor dat de zorgplicht wel expliciet lijkt te worden beperkt in de strafbepaling zelf (bijvoorbeeld art. 1a Woningwet). Het bereik van de bepaling wordt dan beperkt doordat de bepaling als volgt is weergegeven 'een ieder [...] draagt er, voor zover dat in diens vermogen ligt, zorg voor dat [...]'. Over de inhoud van de zorg zegt dat evenwel niets; deze specifieke formulering beperkt het aantal geadresseerden tot personen bij wie het in het (juridische, niet individueel fysieke) vermogen lag zorg te dragen.

### *Overeenkomsten*

Los van die onderlinge diversiteit hebben de hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin het gebruik van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel gemeen. Eveneens gemeen hebben deze tegenwoordig geldende bepalingen het gebrek aan uitleg betreffende de keuze voor de zorggedraging en het ontbreken van toelichting voor wat betreft de specifieke materieelstrafrechtelijke werking van deze bepalingen. De indruk dat de bijzondere wetgever weinig aandacht had voor de strafrechtelijke implicaties van de zorggedraging is bevestigd. Als al werd stilgestaan bij de strafrechtelijke inhoud van een bijzondere wet, dan ging dat in de recente wetsgeschiedenis vrijwel nooit over de zorggedraging. In een aantal gevallen is de zorggedraging blindelings overgenomen uit een Europese regeling (art. 3:296 lid 1 Wft, art. 5:30 Wft, art. 13a lid 2, 3 en 4 Wet voorkoming verontreiniging door schepen, art. 9.4.5 lid 1 en 2 Wmb, art. 3 lid 1 Arbowet, art. 11 Arbowet en art. 8 lid 1 sub c Wet laden en lossen zeeschepen). Opvallend is dat die Europese regeling lang niet altijd dwong tot de vormgeving van een zorgplichtbepaling of gebruik van het strafrecht (art. 3:296 lid 2 en 3 Wft en art. 3:4 Arbeidstijdenwet). Incidenteel is ook bezien in hoeverre op Europees niveau over de inhoud van het strafrechtelijke zorgen is nagedacht. Voor zover kon worden nagegaan, heeft dat aspect nooit op nadrukkelijke aandacht van de Europese regelgever mogen rekenen. Ook is de beslissing tot strafbaarstelling middels een zorggedraging wel geïnspireerd op

reeds bestaande regelgeving die opmerkelijk genoeg expliciet niet het domein van het strafrecht in was getrokken (art. 3 Wet bescherming Antarctica en art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 zijn bijvoorbeeld gebaseerd op het niet strafrechtelijke art. 1.1a Wet Milieubeheer).

#### *Vrijwel geen jurisprudentie*

Evenals ten aanzien van het commune strafrecht kon voor wat betreft de bijzondere strafwetgeving geen indrukwekkend aantal wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in de gepubliceerde jurisprudentie van de laatste jaren worden teruggevonden. Schending van deze bepalingen lijkt zich (haast) niet te hebben voorgedaan, althans lijkt daarvoor niet zodanig te zijn vervolgd dat de daaropvolgende uitspraak werd gepubliceerd. Voorbeelden van dergelijke weinig gehanteerde bepalingen zijn art. 3 Wet bescherming Antarctica, art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, art. 5:64 lid 6 Wet op het financieel toezicht en art. 8 lid 1 sub c Wet laden en lossen zeeschepen. Opmerkelijk is dat ook vanuit andere rechtsgebieden waarop kon worden gehandhaafd deze bepalingen vrijwel niet aan bod komen. Een uitzondering daarop vormen sommige wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen uit de Arbeidsomstandighedenwet die incidenteel wel werden aangetroffen in jurisprudentie. Die uitspraken betroffen echter voornamelijk het privaatrechtelijk domein. In vergelijking met andere zorgplichtbepalingen bestond in de gevonden Arbeidsomstandighedenwet gerelateerde jurisprudentie iets vaker een strafrechtelijke connectie. Een daadwerkelijk uitputtende uitwerking van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel en het bijbehorende strafrechtelijk daderschap werd echter nergens in de rechtspraak gevonden.

#### *Materieelrechtelijke inhoud zorggedraging*

In de wetgeving van recenter datum wordt niet stilgestaan bij de materieelrechtelijke inhoud van de zorggedraging. Daarop is in het verleden ten minste één uitzondering gemaakt, en wel gedurende de ontwikkeling van de Arbeidswet sinds 1889. Met name de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet van 1911 biedt belangrijke handvatten betreffende het materieelstrafrechtelijke functioneren van de zorggedraging ten opzichte van het strafrechtelijk daderschap. Deze betekenis lijkt tegenwoordig uit het zicht te zijn verloren en het is van belang die weer op te frissen. De in dit hoofdstuk besproken bijzondere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin blijken namelijk nauwelijks te worden toegepast. Een mogelijke reden daarvoor zou kunnen zijn gelegen in de onbekendheid met het materieelrechtelijke functioneren van de onderzochte bepalingen. In de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet van 1911 is de indruk gewekt dat het daderschap bij zorgplichtbepalingen nogal direct tot stand kan komen. In het volgende hoofdstuk zal bij die constructie nader worden stilgestaan. Tevens zal worden gezocht naar indicaties die de betreffende lezing kunnen bevestigen en ook zullen complicaties van de bijzondere constructie worden besproken. Van belang is het op dit punt in ieder geval ten aanzien van bijzondere strafwetgeving

te hebben geconstateerd dat (i) in de (verre) wetsgeschiedenis wel iets te vinden is ten aanzien van de werking van zorgplichtbepalingen in enge zin, (ii) de wetgever van recente wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zich weinig tot niet bewust is geweest van de werking van de bepalingen, althans daarbij niet heeft stilgestaan, (iii) de zorgplichtbepalingen – gezien de vrijwel totale afwezigheid van gepubliceerde jurisprudentie – praktisch niet lijken te worden toegepast.

#### **5.4 Tussenstand**

Zorgplichtbepalingen bestonden reeds geruime tijd. Van zorgplichtbepalingen wordt aangenomen dat ze de laatste jaren nadrukkelijk in opkomst zijn. In eerste instantie was men bij die heropleving wat huiverig in het strafrecht. Tegenwoordig lijkt men gematigd enthousiast. In 2004 en 2006 zijn rapporten verschenen die de oorspronkelijke twijfels van tafel hebben geveegd. Helaas ligt de nadruk in alle beleidsstukken op efficiëntie vraagstukken en wat dies meer zij. In het kader van dit onderzoek rees daarbij de al eerder opgeworpen vraag: in hoeverre is bij de beslissing tot strafbaarstelling in de vorm van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling, nadrukkelijk stilgestaan bij de verondersteld aan dat type bepalingen inherente bijzondere daderschapsconstructie?

Gezien bovenstaand onderzoek van de wetsgeschiedenis van het merendeel van alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, lijkt het met de onderbouwing en verantwoording van de keuze voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin pover gesteld. Hoewel de mogelijkheden daartoe zich te over hebben voorgedaan, is bij het strafbaar stellen van veel verschillende zorgplichten – zeker in de huidige tijd – niet gekeken naar de materieelstrafrechtelijke werking ervan. Een bescheiden uitzondering daarop vormde de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet van 1911 waarin wel is gediscussieerd over de betekenis van het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. In andere wetsgeschiedenissen konden hooguit kleine aanwijzingen in de kantlijn worden gevonden, die niettemin de benadering uit de Arbeidswet 1911 lijken te bevestigen. Incidenteel werden op Europees niveau kleine handvatten gevonden voor de werking van het zorgbestanddeel. Voorts kon uit een beperkt aantal arresten eveneens (vaag) iets worden opgemaakt. De gevonden gegevens zijn aldus versplinterd. De gevarieerdheid die van de versplintering het gevolg is, zal de onderbouwing van de in hoofdstuk 6 te bespreken constructie van wettelijke zorgplichtbepalingen in het strafrecht evenwel ten goede komen doordat alles bij elkaar genomen deze los van elkaar staande, objectieve bronnen elkaar ondersteunen.

## HOOFDSTUK 6

### EIGENHEDEN VAN DADERSCHAP BIJ ZORGPLICHTBEPALINGEN

#### 6.1 Eerdere hoofdstukken

In het voorgaande hoofdstuk is duidelijk geworden dat in de huidige tijd over de werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wat laconiek wordt gedacht of dat althans bij dergelijke zorgplichtbepalingen weinig wordt stilgestaan. Dat is spijtig omdat de wetgever zich de laatste jaren meer van zorgplichtbepalingen is gaan bedienen.<sup>1</sup> Enerzijds zijn deze bepalingen dus (weer) in opkomst, terwijl anderzijds steeds minder belangstelling bestaat voor het materieelrechtelijk functioneren van zorgplichtbepalingen in enge zin. Het is op dit punt van het onderzoek aangewezen dat een kort overzicht wordt gegeven van de onderzoeksstappen die zijn gezet. Tot nu toe is een aantal onderwerpen onderzocht en besproken dat kort samengevat het volgende beeld oplevert.

#### *Hoofdstuk 2, de normatieve context*

De overheid is bevoegd tot het bestraffen van vrije individuen namens de samenleving die bestaat uit vrije individuen. Deze burgers kiezen de wetgever die de regels opstelt waaraan zij zich zelf hebben te houden. De regels hebben betrekking op gedragingen die niet mogen plaatsvinden. Het wel plaatsvinden van het ongewenste gedrag en de aanwijzing in de wet daarvan schept de normatieve grond op basis waarvan de overheid bestraft. Voordat daartoe wordt overgegaan, beoordeelt de onafhankelijke en onpartijdige strafrechter of sanctionering aangewezen is. De keuze voor de gedraging als ingang tot bestraffing is misschien niet ideaal maar wel optimaal. De gedraging is rechtsstatelijk optimaal wegens twee onderscheidende relevante karakteristieken. De gedraging (i) is waarneembaar en (ii) brengt een originele, unieke, individuele verbinding met de dader tot stand. Een beter alternatief voor de ingang naar sanctionering is niet voorhanden.

#### *Hoofdstuk 3, de materiële context*

De – in een rechtsstaat voor verantwoorde uitoefening van het ius puniendi benodigde – gedraging is een complex van doen en/of laten. Het kunnen aanduiden van een gedraging resulteert in strafrechtelijk daderschap. Daarnaast staan andere voorwaarden voor strafbaarheid. De gedraging moet vallen binnen het bereik van een strafbepaling. Strafbepalingen bestaan in vele soorten en maten. Valt de gedraging daarbinnen, dan moet aan de andere in die bepaling genoemde omstandigheden ook nog worden voldaan. Vervolgens is voor strafbaarheid van be-

---

<sup>1</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kranio-tis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 127-128.

lang dat de gedraging wederrechtelijk en verwijtbaar is; er moet geen sprake zijn van een strafuitsluitingsgrond. Indien aan deze laatste voorwaarden eveneens is voldaan, is sprake van strafbaarheid. Strafbaarheid wordt meestal vereenzelvigd met strafrechtelijke aansprakelijkheid. Onderhavig onderzoek is gericht op het eerste gedeelte van strafbaarheid.

#### *Hoofdstuk 4, inventarisatie van zorgplichten*

Strafbepalingen bestaan, zoals gezegd, in veel verschillende vormen. Onder meer doen zich zorgplichtbepalingen voor. Ook de zorgplichtbepalingen zelf kunnen weer buitengewoon divers zijn. Soms overlappen ze met andere delictsoorten en soms herbergen ze meer dan één variant op het zorgplichtbepaling-thema. Binnen de zorgplichtbepalingen in ruime zin kunnen bepalingen worden waargenomen die simpelweg vaag en ruim zijn en om die reden in de doctrine en in parlementaire stukken als zorgplichtbepaling worden aangeduid. Een voorbeeld daarvan is art. 5 WvW. Ook worden delicten aangetroffen die als bestanddeel kennen dat de dader 'niet alle maatregelen heeft genomen' ter voorkoming van een bepaalde situatie. Eén van de varianten binnen de zorgplichtbepalingen in ruime zin, wordt gevormd door delicten met het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. Op laatstgenoemde enge variant van zorgplichtbepalingen is voorliggend onderzoek toegespitst.

#### *Hoofdstuk 5, het zorgbestanddeel in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin*

In de wetsgeschiedenis van vrijwel alle hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is weinig tot geen aandacht besteed aan (i) de keuze voor strafbaarstelling, (ii) de keuze voor vormgeving middels het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel en (iii) de betekenis van het gebruik van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin voor de constructie van het strafrechtelijk ouderschap. Slechts zeer incidenteel werd in de wetsgeschiedenis – en dan ook nog niet eens zozeer in de recente, maar in die van de vooroorlogse directe voorlopers van hedendaagse zorgplichtbepalingen in bijzondere strafwetten – toegelicht waarom voor het strafrecht werd gekozen of waarom het noodzakelijk was te kiezen voor een strafbaarheidsregime met behulp van een wettelijke zorgplichtbepaling. Uit die summier indicaties en aanwijzingen lijkt een bijzondere constructie voor het strafrechtelijk ouderschap te kunnen worden geconstrueerd. Het is de vraag in hoeverre die constructie afwijkt van het traditionele (en tot nog toe: rechtsstatelijk optimale) model en hoe een eventuele afwijking moet worden beoordeeld. Daarbij wordt in onderhavig zesde hoofdstuk stilgestaan.

#### *Opbouw van voorliggend hoofdstuk 6*

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de democratisch rechtsstatelijke inbedding van de bijzondere ouderschapsconstructie bij zorgplichtbepalingen in het geldende strafrecht. Daartoe zal in paragraaf 6.2 eerst de constructie van de bijzon-

dere benadering van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen in enge zin worden opgetuigd aan de hand van de in hoofdstuk 5 gevonden indicaties. In dezelfde paragraaf is aan de orde in hoeverre ook buiten de wettelijk historische achtergronden van de momenteel heersende zorgbepalingen om, indicaties kunnen worden gevonden die concreet duiden op een afwijkende constructie van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen in enge zin. Daarvoor wordt te rade gegaan bij strafrechtelijke literatuur en jurisprudentie. Die is ten aanzien van dit onderwerp verre van omvangrijk. Als daarin al belangstelling bestaat voor bepalingen met een gedragsbestanddeel 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) is dat slechts minimaal en gaat het veelal om losse opmerkingen. Die losse flodders kunnen desondanks – vooral bij gebrek aan beter – indicatief zijn voor, althans een bevestiging vormen van, de mogelijke benadering van het ouderschap. Op die wijze zou mogelijk een soort objectieve bevestiging kunnen worden gevonden van hetgeen in hoofdstuk 5 aan de oppervlakte is gekomen en waarvan de inhoudelijke consequenties in dit hoofdstuk op een rij worden gezet.

Daarmee is dan nog niet alles gezegd. Aansluitend zal in paragraaf 6.3 een aantal kwesties worden geproblematiseerd dat opkomt naar aanleiding van het ouderschap bij dergelijke zorgplichtbepalingen. De betreffende kwesties zien op de mate van zorg en corporatief ouderschap. Tot slot zal in paragraaf 6.4 worden gezien in hoeverre de bijzondere vormgeving van ouderschap bij zorgplichtbepalingen in enge zin overeind kan blijven in een vergelijking met de bevindingen uit hoofdstuk 2. Het tweetal reeds genoemde karakteristieken, te weten dat de gedraging waarneembaar is en de gedraging een unieke individuele binding met de vader heeft, is van belang voor het beoordelen van de materieelrechtelijke positie van zorgplichtbepalingen in het licht van een democratische rechtsstaat. Daarnaast is de verhouding tussen wetgever en rechter van belang. Het zal de in hoofdstuk 7 (slotbeschouwing) te beantwoorden vraag zijn in hoeverre het zorgbestanddeel aan deze eisen voldoet.

## **6.2 Ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin**

In de totstandkomingsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht van 1886 klinkt met enige regelmaat door dat het ouderschap en de gedraging bestaan uit een handelen en/of een nalaten (zie hoofdstuk 3). Het is daarom bij een zoektocht naar de materieelrechtelijke betekenis van de zorggedraging voor het ouderschap, mede indachtig de zeer summiere wetenschappelijke en jurisprudentiële aandacht die het onderwerp de laatste decennia kreeg, niet vreemd te rade te gaan bij de toelichting op de wetgeving waarin delicten met een dergelijk bestanddeel staan opgenomen. Waar anders zou de werking van zorgplichtbepalingen zijn uitgediept?

De geschiedenis van diverse hedendaagse zorgplichtbepalingen is in het vorige hoofdstuk in kaart gebracht. Daarbij zijn verschillende kleine aanwijzingen aan de oppervlakte gekomen. Op basis daarvan kan het bijzondere ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden geconstru-

eerd. Aan de hand van een aantal vragen (zie hieronder) zal worden achterhaald wat de materieel strafrechtelijke positie is van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Bij de beantwoording daarvan zal, zoals gezegd, naast de bevindingen uit hoofdstuk 5 ook gebruik worden gemaakt van de zeldzame literatuur die ten aanzien van dit onderwerp beschikbaar is. In de heden-daagse juridische literatuur komt de enge variant van zorgplichtbepalingen – als die bepalingen al worden besproken – hoogstens zijdelings ter sprake. Slechts weinig academische teksten hebben onverkort betrekking op delicten met het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. Juist omdat er maar weinig literatuur voorhanden is, past bespreking daarvan beter in dit hoofdstuk in plaats van in het vorige.

Eén van de weinigen die iets uitvoeriger aandacht heeft besteed aan de inhoud van zorgplichtbepalingen is Nolte.<sup>2</sup> In zijn proefschrift uit 1948 over het bijzondere strafrecht liep hij een aantal malen tegen bijzondere bepalingen aan waarin het bestanddeel ‘zorgen’ opgenomen was. Ook Nolte zag na bestudering van de Arbeidswetten van begin twintigste eeuw aanleiding de vraag op te werpen die ook in paragraaf 5.3.3.2.1 is gesteld en beantwoord, namelijk of ‘zorgen’ meer omvat dan ‘dulden’.<sup>3</sup> Dat deze vraag door hem werd opgeworpen is veelzeggend. Voorzover het dulden op één lijn zou kunnen worden gesteld met nalaten, impliceert het namelijk dat het zorgen nog eigenzinniger zou zijn dan het strafrechtelijk laten (dulden) binnen de traditionele gedraging al is: zorgen zou meer omvattend dan laten zijn.

Naast Nolte heeft ook Remmelink op enig moment stilgestaan bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.<sup>4</sup> Andere concrete, maar beknopte, bijdragen aan de invulling van zorgplichtbepalingen komen uit oudere jurisprudentiële context. Naast de rechters zelf hebben annotatoren en Advocaten-Generaal zich soms een en ander laten ontvallen dat van belang is voor de materieelrechtelijke werking van het gedragsbestanddeel ‘zorgen’. De daarin doorklinkende opvattingen worden in het onderstaande op de daartoe aangewezen plaatsen in de bespreking betrokken.

---

<sup>2</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 164-167 en 199-200.

<sup>3</sup> Idem, p. 199.

<sup>4</sup> Conclusie Remmelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 en J. Remmelink, ‘Artikel 51 Wetboek van Strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1963, p. 119-144, zie p. 141. Voor de onderliggende wetsgeschiedenis verwijst Remmelink naar de – op dit specifieke onderdeel bescheiden – activiteiten van Nolte. Remmelink lijkt gezien die verwijzingen zelf niet de bewuste wetsgeschiedenissen te zijn ingedoken. Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin vormden slechts een fractie van Nolte’s onderzoek. Zijn onderzoek was primair gericht op bijzondere wetgeving in den brede zodat de paar conclusies die Nolte heeft getrokken bij het zijdelings in de kantlijn aanstippen van zorgplichtbepalingen, aan de hand van de in hoofdstuk 5 blootgelegde opvattingen deels moeten worden bijgesteld. De in hoofdstuk 5 bestudeerde wetsgeschiedenissen bieden tot op zekere hoogte tevens aanknopingspunten voor onderbouwing van de paar ogenschijnlijk spontaan door Remmelink gedane uitspraken.



*Tien vragen teneinde eigenheden van zorgplichtbepalingen in enge zin te achterhalen*

De volgende vragen zijn gedurende, en naar aanleiding van, hoofdstuk 5 opgekomen en zullen in het navolgende worden langsgelopen.

- a. Betekent ‘zorgen’ altijd hetzelfde in alle bepalingen; werkt het ‘algemeen’? (zie paragraaf 6.2.1)
- b. Hebben de wetgevers stilgestaan bij de keuze voor de zorggedraging? (zie paragraaf 6.2.2)
- c. Is ‘zorgen’ iets anders dan een concreet omschreven gedraging of feitelijke verplichting? (zie paragraaf 6.2.3)
- d. Betekent ‘zorgen’ meer dan ‘maatregelen nemen’? (zie paragraaf 6.2.4)
- e. Kunnen disculpatieregelingen de inhoud van het ‘zorg’-gedragingsbestanddeel mede bepalen? (zie paragraaf 6.2.5)
- f. Soms zijn er aanvullende artikelleden waarin de zorg lijkt te worden uitgewerkt: wat voegen die toe? (zie paragraaf 6.2.6)
- g. Is ‘zorgen’ een soort verantwoordelijkheid, garantie of zekerstelling? (zie paragraaf 6.2.7)
- h. Draaien zorgplichtbepalingen om een gedraging in traditionelere zin of om risico-daderschap? (zie paragraaf 6.2.8)
- i. In welke mate wordt het risico-daderschap bevestigd of juist ontkend in literatuur en hedendaagse jurisprudentie? (zie paragraaf 6.2.9)
- j. Is risico-daderschap hetzelfde als risico-aansprakelijkheid? (zie paragraaf 6.2.10)

### **6.2.1 Ad vraag a: betekent zorgen altijd hetzelfde in alle bepalingen; werkt het ‘algemeen’?**

Eén van de eerste problemen – overigens inherent aan het bijzondere strafrecht – dat zich aandient in hoofdstuk 5 bij het zoeken naar onvindbare indicaties van de invulling van de betekenis van de strafrechtelijke zorggedraging, houdt verband met de grote verscheidenheid aan bijzondere wetgevers. Een belangrijke vraag die opkwam, was in hoeverre de keur aan bijzondere wetgevers zich reenschap heeft gegeven van de betekenis van het werkwoord ‘zorgen’. Wat die betekenis is, komt hieronder uitvoerig aan de orde. Het gaat nu om de vraag of de betreffende betekenis in zekere zin ‘uniform’ zou kunnen zijn.

Indien aan het werkwoord ‘zorgen’ bijvoorbeeld invulling is gegeven door de milieuwetgever in het kader van art. 3 Wet bescherming Antarctica, zou die invulling dan tevens onverkort gelden voor andere bepalingen met het zorgbestanddeel, zoals art. 3:296 Wet op het financieel toezicht en art. 3:2 Arbeidstijdenwet? Het betreft immers wel steeds specifieke andere gebieden waarover de technische kennis van bijvoorbeeld de milieuwetgever zich in dit voorbeeld vermoedelijk niet zal uitstrekken.

Er is geen grond gevonden om aan te nemen dat varianten als ‘zorgen’ en ‘zorg dragen’ ten opzichte van elkaar, of in de verschillende wetten, iets anders beteke-

nen. Bij geen van de in hoofdstuk 5 onderzochte wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is gevonden dat het ouderschap bij die ene bepaling totaal anders werkt dan bij alle andere zorgplichtbepalingen. Dat houdt in dat in geval op enig moment een hedendaagse wetgever besluit wel invulling te geven aan de zorggedraging, die beslissing dan consequenties kan hebben voor alle andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. De zorggedraging zal namelijk in iedere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin zowel normatief als feitelijk hetzelfde blijven betekenen. Ook de weinige strafrechtgeleerden (Rommelink<sup>5</sup> en Nolte<sup>6</sup>) die zich met zorgplichtbepalingen in enge zin hebben bezighouden, gaan uit van een uniforme betekenis.<sup>7</sup>

Het antwoord op de a-vraag luidt dat geen indicatie is gevonden dat 'zorgen' in enige in hoofdstuk 5 onderzochte wet door de wetgever een bijzondere betekenis is gegeven. Het 'zorgen' lijkt daardoor in alle bepalingen altijd hetzelfde te betekenen zodat het zorgen (daarmee) een algemene werking niet kan worden ontzegd. Daaruit zou kunnen volgen dat het bijzondere ouderschap dat met de zorggedraging samenhangt, bij alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin op gelijke wijze ontstaat. Het 'zorgen' lijkt in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin een uniforme betekenis te hebben.

### **6.2.2 Ad vraag b: hebben de wetgevers stilgestaan bij de keuze voor de zorggedraging?**

Op basis van een aantal wetsgeschiedenissen in hoofdstuk 5, zou de indruk kunnen ontstaan dat de wetgever in uitzonderlijke gevallen de neiging heeft gehad om zonder bedoeling te kiezen voor een zorgplichtbepaling. Naast dat in de meeste gevallen in het geheel geen afweging plaatsvond, hebben soms namelijk Ministers gemeend dat 'zorgen' niets anders betekent dan 'moeten' en 'naleven'. In dergelijke gevallen trad het parlement corrigerend op en bleek bijvoorbeeld in de wetsgeschiedenis van de Arbeidsomstandighedenwet dat de betekenis van 'zorgen' als delictsgedraging niet hetzelfde is als 'naleven' en 'in acht nemen' (paragraaf 5.3.3.1.3). Die correctie neemt niet weg dat de vraag zich aandient in hoeverre de wetgever wel weet waaraan hij begint met zorgplichtbepalingen.

Door Doorenbos is in financieelstrafrechtelijke context nadrukkelijk – zij het kort – stilgestaan bij de handhaving van strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Hij constateert dat de strafrechtelijke sanctionering van dit soort vage normen bedenkelijk is, vraagt zich af of dit soort bepalingen niet juist buiten het strafrecht om via bestuursrecht en/of privaatrecht zou moeten worden benaderd, betwijfelt de rechtvaardiging van de keuze van de wetgever voor de inzet van het strafrecht in de Wet op het financieel toezicht en meent dat een en ander zich lastig verhoudt met de summiere tekst die door de wetgever aan het strafrecht in het ka-

---

<sup>5</sup> Rommelink in zijn conclusie voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234.

<sup>6</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 199-200.

<sup>7</sup> Dezelfde opvatting klinkt door in de weinige rechtspraak. Zie bijvoorbeeld Besier in zijn conclusie voor Hoge Raad 28 januari 1918, p. 261-263.

der van de Wet op het financieel toezicht is gewijd, namelijk dat het strafrecht ultimum remedium is.<sup>8</sup> Een punt van nuancering ten aanzien van de opmerkingen van Doorenbos is wel dat een deel van de zorgplichtbepalingen reeds strafbaar was gesteld in oudere regelgeving waaruit de Wet op het financieel toezicht is samengesteld. In zoverre behoefde de wetgever in het kader van de Wet op het financieel toezicht misschien niet per se in te gaan op deze bepalingen en lijkt de kritiek op dat specifieke onderdeel wat te kunnen worden verzacht. Problematisch is dan echter nog wel dat ook bij die eerdere regelingen door de wetgever weinig tot geen aandacht aan de beslissing tot strafbaarstelling middels zorgplichtbepalingen in enge zin is besteed. Voor het overige bestaat interesse voor het strafrecht in bijvoorbeeld de financieelrechtelijke literatuur vooral ten aanzien van marktmisbruik zoals dat is geregeld in de art. 5:53 – 5:67 Wft. Daartoe is het strafrecht in de Wet op het financieel toezicht echter allesbehalve beperkt. Het gebrek aan belangstelling voor het resterende financiële strafrecht lijkt in zijn algemeenheid dan ook onterecht.<sup>9</sup> Opvallend is dat in bijvoorbeeld het ‘Commentaar financieel recht’ van Frielink e.a. vrijwel niet wordt stilgestaan bij het gegeven dat de in het bovenstaande (paragraaf 5.3.1) genoemde zorgplichtbepalingen binnen het strafrecht vallen. Bij de bespreking van geen van deze bepalingen werd melding gemaakt van het feit dat ze opgenomen stonden in de Wet op de economische delicten.<sup>10</sup> Indachtig het enigszins exotische karakter dat misschien aan de betreffende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen moet worden toegeschreven, is de weinige aandacht tegelijkertijd ook misschien weer niet zo verwonderlijk, hoezeer ook ten onrechte.

Hoewel geregeld de belangstelling voor zorgplichtbepalingen laag is en de kritiek naar voren komt dat de bedoelingen van de wetgever onduidelijk zijn, is door sommige auteurs ook wel opgemerkt dat de wetgever juist *niet* onnadenkend voor zorgplichtbepalingen zou kiezen. Besier heeft in het verleden gesteld dat de wetgever bewust voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen lijkt te kiezen.<sup>11</sup> Ware dat anders, zo stelde hij, dan zou door de wetgever in een afwijkende redactie zijn voorzien, zoals bij veel andere bepalingen wél het geval is. Ook Sackers meent dat de wetgever allesbehalve per ongeluk delicten als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling (in weliswaar ruime zin) vormgeeft.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> D.R. Doorenbos, ‘Strafrechtelijke handhaving van de Wft’, in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566, m.n. p. 546-547 en 553-554 en *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 18.

<sup>9</sup> Zie daarover D.R. Doorenbos, ‘Strafrechtelijke handhaving van de Wft’, in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566, m.n. p. 545.

<sup>10</sup> K. Frielink e.a., *Commentaar Financieel Recht. Deel I Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 636-638 (art. 3:296 lid 1 en 3), 653-656 (art. 4:9 lid 2), 681-683 (art. 4:17 lid 1), 762-764 (art. 4:63 lid 1), 802-804 (art. 4:88 lid 2 en 4), 987-991 (art. 5:64 lid 6). De formulering van art. 5:30 Wft is gewijzigd en kent sinds 1 november 2007, *Stb.* 2007, 406 (MiFID) eveneens een wettelijke strafrechtelijke zorgplicht. Daarop kon het commentaar dus nog niet zien. Overigens is thans een groot deel van deze bepalingen niet meer in de Wet op de economische delicten strafbaar gesteld, zie paragraaf 5.4.1.2.

<sup>11</sup> Besier in zijn conclusie voor Hoge Raad 28 januari 1918, NJ 1918, p. 261-263.

<sup>12</sup> H.J.B. Sackers, ‘De erosie van de geschreven gedraging’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Krani-

Daar kan tegelijkertijd tegenin worden gebracht dat deze – in de woorden van Besier ‘bewuste’ – keuze van de wetgever voor strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in het merendeel van de bijzondere wetten slechts moeizaam als uitvoerig doordacht kan worden beschouwd. In de bijzondere wetten die in paragraaf 5.3 werden besproken (waaronder de Wet op het financieel toezicht, Wet milieubeheer en de Arbeidsomstandighedenwet) is door de wetgever gekozen voor uiteenlopende redacties van zeer diverse strafbepalingen. Verbodsbepalingen en zorgplichtbepalingen staan daar soms kris-kras door elkaar heen. De afweging tussen verbodsbepaling en zorgplichtbepaling is dan misschien wel bewust geweest, inhoudelijk werd daarbij niet uitdrukkelijk stilgestaan. Mogelijk werd ervan uit gegaan dat toch wel duidelijk zou zijn hoe zorgplichtbepalingen in het materiële strafrecht zouden moeten worden toegepast. Maar het valt zeer te betwijfelen of de betekenis en werking wel zo vanzelfsprekend bekend zijn in het strafrecht.

De indruk bestaat dat door de diverse wetgevers aan de inhoudelijke kant van de keuze voor een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin niet veel aandacht is besteed. Hoewel met Besier kan worden gezegd dat de keuzes bewust worden gemaakt, kan (gezien hoofdstuk 5) tegelijkertijd niet goed worden volgehouden dat de wetgever van tegenwoordig oog heeft voor het problematische karakter van zorgplichtbepalingen. Het antwoord op de b-vraag luidt dat de wetgever op dit punt de laatste decennia te weinig inhoudelijk expliciet bewust voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen heeft gekozen. In het licht van de afwijkende vorm en inhoud van dergelijke bepalingen, zoals deels door Doorenbos belicht, betreft het hier nochtans geen onbelangrijke kwestie. Meer aandacht voor de materieelstrafrechtelijke inhoud (te weten het daderschap) van zorgplichtbepalingen in plaats van de enkele focus op handavingsvraagstukken zou wenselijk zijn.

### **6.2.3 Ad vraag c: is ‘zorgen’ iets anders dan een concreet omschreven gedraging of feitelijke verplichting?**

Het idee zou kunnen bestaan dat ‘zorgen’ net als bijvoorbeeld ‘wegnemen’ een gewone gedraging of eventueel een standaard feitelijke verplichting is. Vanuit art. 402 en 471 Sr (paragrafen 5.2.2 en 5.2.3) beschouwd, lijkt ‘zorgen’ echter iets anders te zijn dan gedragingen of feitelijke strafrechtelijke plichten die concreet zijn omschreven (zie paragraaf 4.4). De zorggedraging staat in die bepalingen te midden van concretere andere gedragingen en verplichtingen; de plicht een bepaald dagboek *te tonen*, is iets anders dan het *zorgen* voor een dagboek. Het ‘zorgen’ is als te begane gedraging niet zo concreet als verkopen, opnemen, verpanden en in rekening brengen dat bijvoorbeeld zijn.

In de wetsgeschiedenis van art. 8 Arbowet (paragraaf 5.3.3.1.3) werd de zach-

---

otis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 127.

te indicatie gevonden dat het ‘zorgen’ meer neigt naar een belofte of inspanning dan naar een gedraging of resultaat. De Minister had de stelling betrokken dat in juridisch perspectief geen verschil zou bestaan tussen enerzijds de termen ‘naleven’, ‘in acht nemen’ en ‘moeten’, tegenover anderzijds ‘zorgen voor’. Met een groep kamerleden die de Minister hierop aanviel, moet worden volgehouden dat de stelling van de Minister de juridische toets der kritiek niet kan doorstaan. De termen bleken onderling – ook in de ogen van het parlement – bepaald niet zo simpel uitwisselbaar als de Minister wilde doen voorkomen.

Aldus wordt het in paragraaf 4.4 geuite vermoeden bevestigd. Zeer verspreid over de omvangrijke wetsgeschiedenis van de zorggedraging is een paar subtiële aanwijzingen te vinden op basis waarvan ter beantwoording van de c-vraag kan worden volgehouden dat de zorggedraging iets anders is dan de meer concrete delictsgedragingen en feitelijke verplichtingen. Daarbij is niet onbelangrijk dat in de verdere (naar het aantal pagina’s en tijdspanne gemeten zeer omvangrijke) wetsgeschiedenis geen aanwijzingen werden gevonden waaruit een tegengestelde opvatting kon worden opgemaakt.

#### 6.2.4 Ad vraag d: betekent ‘zorgen’ meer dan ‘maatregelen nemen’?

In de literatuur is sporadisch gekeken naar de materieelrechtelijke inhoud van zorgplichtbepalingen en op enig moment is een parallel getrokken met het nemen van maatregelen. De vraag is hoe terecht die parallel kan worden genoemd. Over het trio ‘daderschap – gedraging – zorgen’ is tot nu toe – in een notendop – het volgende naar voren gekomen. In wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin staat het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) opgenomen als gedragingsbestanddeel. Gedragingsbestanddelen zijn bepalend voor het daderschap (zie hoofdstuk 3). Dader is daarom degene die had moeten zorgen maar dat niet heeft gedaan. Wat zou daarbinnen de positie voor het ‘maatregelen nemen’ kunnen zijn?

In de jaren dertig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad in een specifiek geval geoordeeld over de betekenis van het gedragingsbestanddeel ‘zorg dragen’ *“welke beteekenis hierop neerkomt, dat door den verdachte geene maatregelen zijn genomen, welke tot eene aansluiting van zijn woning aan de genoemde drinkwaterleiding hebben geleid”*.<sup>13</sup> In casu ging het om overtreding van een artikel uit een verordening van de gemeente Vinkeveen en Waverveen die was gebaseerd op de Woningwet. In de betreffende bepaling was het bestanddeel ‘zorg dragen’ neergelegd. Zoals volgt uit het citaat, kwam de betekenis van zorg dragen volgens de Hoge Raad in dit geval erop neer dat ‘zorg dragen’ moest worden ingevuld door ‘maatregelen nemen’.

Eerder is besproken (in paragraaf 4.2) dat in onderhavig proefschrift tot de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, onder meer niet worden gerekend de bepalingen waarin het gedragingsbestanddeel bestaat uit de verplichting tot het ‘nemen van maatregelen’. Daarbij is het vermoeden geuit dat

<sup>13</sup> Hoge Raad 27 april 1931, NJ 1932, p. 480-481.

het bestanddeel 'zorgen' eigenzinniger is dan 'maatregelen nemen'. Met 'maatregelen nemen' zou namelijk duidelijker zijn wat wordt bedoeld. De Hoge Raad verstaat hier echter het 'zorg dragen' (dat een afgeleide is van 'zorgen') met 'maatregelen nemen'. Daardoor is wel gedacht dat 'zorgen' op één lijn moet worden gesteld met 'maatregelen nemen'.<sup>14</sup> De vraag is of de betekenis van het werkwoord 'zorgen', wanneer het in strafrechtelijke context als gedragsbestanddeel is opgenomen, inderdaad zo beperkt moet worden opgevat.

Nolte volgt de benadering van de Hoge Raad tot op zekere hoogte.<sup>15</sup> Hij maakt onderscheid tussen gevallen waarin wel en gevallen waarin geen disculpatieregeling bestaat.<sup>16</sup> In de bepalingen zonder disculpatieregeling zou 'zorgen', volgens Nolte, in navolging van de Hoge Raad moeten worden opgevat als 'maatregelen nemen'. Alle wetsgeschiedenissen van de in hoofdstuk 5 besproken wetten overziend, kan over de houdbaarheid van dat standpunt worden getwijfeld. 'Zorgen' kan weliswaar worden ingevuld met 'maatregelen nemen', maar er is zeker aanleiding de vraag op te werpen of (tegenwoordig) niet ook andere invullingen van de zorggedraging mogelijk zijn dan enkel 'maatregelen nemen'. Daarop zal in de subvragen hieronder en in paragraaf 6.3 worden ingegaan. Voordat daaraan wordt toegekomen is het eerst nodig te bezien of in de bijzondere wetsgeschiedenissen van hoofdstuk 5 indicaties staan dat onder 'zorgen' meer moet worden verstaan dan 'maatregelen nemen'.

Aan de toelichting van de wetgever bij art. 1a lid 1 en 2 Woningwet (paragraaf 5.3.2.5) kunnen enige (indirecte) opmerkingen over de mogelijke werking van daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin worden ontleend. Ontdekt is, dat mogelijk het niet zorgen zou kunnen worden ingevuld op basis van niet genomen maatregelen of *niet optreden*. Dat niet optreden is door de Minister genoemd náást het niet nemen van maatregelen. De geadresseerde personen zijn gehouden het noodzakelijke te doen om conform de tekst van het artikel het ontstaan of voortduren van gevaar voor de gezondheid of veiligheid te voorkomen dan wel te beëindigen.<sup>17</sup> Dat noodzakelijk gebodene kunnen maatregelen zijn of handelingen of juist het achterwege laten daarvan.<sup>18</sup> Het is irrelevant *hoe* of *wat*, áls het maar gebeurt. In de ogen van de wetgever is vereist: een adequaat en tijdig *optreden*.<sup>19</sup> Dat optreden kan van alles zijn. "*De aard en de omvang van een gevaar zijn bepalend voor de te treffen maatregelen en voor het-*

---

<sup>14</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten* (diss. Utrecht), Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 199-200.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> In disculpatieregelingen wordt het zorgen uitgewerkt. Daarover gaan specifiek de volgende paragrafen.

<sup>17</sup> Het betreft voor alle duidelijkheid geen gevaarzettingsdelict of voortdurend delict. Het gaat niet om brandstichten waardoor gevaar te duchten is maar om zorgen dat geen gevaar ontstaat. Dat gaat verder. Evenmin is het vergelijkbaar met 'aanwezig hebben'. Het gaat erom dat wordt gezorgd dat een bepaalde situatie niet voortduurt. Dat is iets anders dan voortdurend aanwezig hebben.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 26.

<sup>19</sup> Idem, p. 25.

*geen in een bepaald geval mag worden verwacht van een persoon als bedoeld in het eerste of tweede lid van artikel 1a*".<sup>20</sup> Dat wat van de geadresseerde mag worden verwacht, is hetgeen in objectieve zin is vereist om het gevaar van art. 1a Woningwet te voorkomen. De maatregel of het optreden van een persoon moet *"vanuit technisch/fysiek, organisatorisch oogpunt [...] objectief gezien geschikt zijn om het gevaar te voorkomen of te beëindigen"*.<sup>21</sup> Zodoende valt op dat het gedragsbestanddeel 'zorgen' meer omvat dan alleen 'maatregelen nemen'. Het kan ook gaan om een bepaald optreden dat iets anders kan zijn dan het nemen van zekere maatregelen. Van belang is voorts dat de wetgever van een objectieve benadering uitgaat bij het (achteraf) bepalen van de mate van objectief gevaar en de vraag of in casu het optreden (het zorgen) - objectief gezien - geschikt was (zie verder paragraaf 6.3.1).

Dat onder het zorgen meer moet worden gevat dan louter 'maatregelen nemen' is ook aan de orde geweest in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet. Hoewel daarin de nadruk niet direct op het strafrecht ligt en uiteindelijk met behulp van art. 33 lid 3 Arbowet de stap naar de Wet op de economische delicten moet worden gezet (zie paragraaf 5.3.3.1.1), wordt in de wetsgeschiedenis wel een aanwijzing gevonden ten aanzien van de mogelijke werking van strafrechtelijk daderschap bij zorgplichtbepalingen. Aan de Europese basis van art. 3 Arbowet kan worden ontleend dat ook op Europees niveau aan zorgen een ruimere invulling wordt toegedicht dan het enkele 'maatregelen nemen' (paragraaf 5.3.3.1.2). Het eerste lid van art. 5 van de toepasselijke richtlijn luidt als volgt. *"1. De werkgever is verplicht te zorgen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten"*. Van belang is dat in de daarop volgende bepalingen van de richtlijn inhoudelijk wordt uitgewerkt waaraan de werkgever zou moeten voldoen. Gezien de verdere bepalingen uit de richtlijn moeten door de werkgever onder meer bepaalde maatregelen worden genomen (art. 6), werknemers worden aangewezen in het kader van preventie en bescherming (art. 7 lid 1), verbindingen worden onderhouden met diensten van buitenaf (art. 8 lid 1), moet over risico-evaluaties en lijsten van arbeidsongevallen worden beschikt (art. 9) en voldoende veiligheids- en gezondheidsopleiding aan werknemers worden gegeven (art. 12). Zodoende houdt de verlangde zorg – anders dan wel wordt gedacht – meer in dan het enkel 'maatregelen nemen'. De werkgever moet immers niet alleen zorgen dat maatregelen worden genomen (art. 6) maar ook dat bijvoorbeeld over risico-evaluaties wordt beschikt.

Kort gezegd, luidt het antwoord op de d-vraag dat de betekenis van het werkwoord 'zorgen' als strafrechtelijk gedragsbestanddeel meer behelst dan 'maatregelen nemen'. Ofschoon het 'zorgen' onder meer 'maatregelen nemen' omvat, doet het dat niet uitsluitend. De volgende vraag is in hoeverre disculpatieregelingen

<sup>20</sup> Idem, p. 26. Of sprake is van gevaar (voor gezondheid of veiligheid) en wat daarvan de aard en de omvang zijn, kan volgens de wetgever in de eerste plaats in het algemeen *"naar deskundigheidsmaatstaven op het gebied van bouwen, bouwwerken, gezondheid en veiligheid in redelijk objectieve mate"* worden vastgesteld.

<sup>21</sup> Kamerstukken II, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 26.

gen die werden ontworpen ter inkadering van het bereik van het zorgbestanddeel in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin voor de onderbouwing van deze laatste stelling een rol spelen. Eén van de onderdelen van disculpatieregelingen is namelijk dat de ‘nodige maatregelen zijn genomen’. Later zal dan de vraag opkomen naar de verhouding tussen gevallen waarin wel en gevallen waarin niet de zorggedraging wordt geraakt door een disculpatieregeling.

### **6.2.5 Ad vraag e: kunnen disculpatieregelingen de inhoud van het ‘zorg’-gedragingsbestanddeel mede bepalen?**

Er zijn wetsbepalingen waarin vrij letterlijk de verlangde zorg wordt uitgewerkt. Dergelijke toelichtingen in de wet zelf bestaan in twee varianten. Er zijn (i) ‘disculpatieregelingen’ en (ii) wat genoemd zou kunnen worden ‘verhelderende tweede leden’. Een disculpatieregeling kwam in hoofdstuk 5 aan de orde bij art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) (paragraaf 5.3.4.5) en in het kader van de Arbeidstijdenwet (paragraaf 5.3.3.2). De verhelderende tweede leden waren in het vorige hoofdstuk zichtbaar bij de bespreking van art. 3 Wet bescherming Antarctica en art. 19L Natuurbeschermingswet 1998 (paragrafen 5.3.2.7, 5.3.2.8.2 en 5.3.2.8.3). In de volgende alinea, bij vraag-f, zullen de verhelderende tweede leden worden besproken. In de komende paar alinea’s wordt stilgestaan bij de vraag in hoeverre in disculpatieregelingen een vorm van ‘maatregelen nemen’ terug kan komen als invulling van de zorggedraging en is aan de orde in welke mate disculpatieregelingen een indicatie van de zorggedraging vormen.

In onder meer de successievelijke Arbeidswetten en in de Veiligheidswet konden disculpatieregelingen worden aangetroffen. Deze regelingen hielden in dat door de geadresseerde aan de in een wettelijke bepaling vereiste zorg werd geacht te zijn voldaan wanneer werd aangetoond dat *“de noodige bevelen zijn gegeven, de noodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden, om de naleving te verzekeren van de bepalingen, voor welke naleving zij verplicht waren te zorgen”*.<sup>22</sup> Aldus bijvoorbeeld art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud) (zie paragraaf 5.3.3.2.1). Daarin stond de zinsnede ‘maatregelen nemen’ toentertijd nog niet opgenomen. Nadat art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud) na een paar jaar werd verplaatst naar art. 76 Arbeidswet 1919 (oud)<sup>23</sup> werd het in 1922 gewijzigd. Aan art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) werd aldus pas later toegevoegd dat de ‘nodige maatregelen’ moesten zijn genomen.<sup>24</sup> Dit vierde vereiste

---

<sup>22</sup> Stb. 1911, 314.

<sup>23</sup> De disculpatieregeling had, getuige het daarop teruggrijpende woord ‘verplichting,’ in het bijzonder betrekking op de zorgplichtbepaling uit het voorafgaande art. 11bis lid 2 Arbeidswet 1911 (oud) respectievelijk art. 74 lid 2 Arbeidswet 1919 (oud). Het tussengelegen art. 75 Arbeidswet 1919 (oud) voorzag in de situatie dat het toezichthoudend personeel eveneens moest zorgen voor de naleving van de Arbeidswet. Schending van deze bepalingen was strafbaar gesteld in art. 83 Arbeidswet 1919 (oud).

<sup>24</sup> Stb. 1922, 364 en voor de duidelijkheid *Kamerstukken II*, 1921/22, 458, nr. 4, p. 47. E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 133 is hier wat lastig te volgen, hij heeft het over de invoeging van het ‘verschaffen van de nodige middelen’.



moest de regeling inperken (zodat, met andere woorden, de geadresseerde zich minder snel zou kunnen disculperen). Volgens de wetgever van 1922 was de disculpatieregeling zonder deze toevoeging te ruim. Onder de oude redactie kon de werkgever of het opzichthoudend personeel namelijk bevelen geven en toezicht houden en toch zich niet daadwerkelijk tegen het verrichten van de verboden arbeid verzetten. De voorgestelde toevoeging maakte daarom *“disculpatie slechts mogelijk, indien ook de noodige maatregelen ter verzekering van de naleving der wettelijke bepalingen zijn genomen”*.<sup>25</sup> De disculpatieregeling kreeg daardoor de uiteindelijke strekking die vergelijkbare regelingen in andere bijzondere wetten (bijvoorbeeld art. 29 lid 2 Veiligheidswet 1934 (oud)<sup>26</sup>) van latere datum ook zouden krijgen. Dezelfde constructie was tot 1 mei 2009 neergelegd in art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (paragraaf 5.3.4.5). Aldus is duidelijk dat disculpatieregelingen tot en met het jaar 2009 nog deel uitmaakten van het bijzondere strafrecht en voorts dat het onderdeel ‘maatregelen nemen’ niet vanaf het prille begin in disculpatieregelingen heeft gestaan. De vraag was nochtans of disculpatieregelingen een indicatie vormen van de betekenis van het ‘zorg’-gedragingsbestanddeel en daarnaast, in aansluiting op voorgaande d-vraag, welke plaats daarbinnen aan ‘maatregelen nemen’ toekomt. Dat is een logische vraag aangezien de geadresseerde wordt geacht te hebben gezorgd indien hij de in de disculpatieregeling genoemde vereisten heeft vervuld.

In de parlementaire geschiedenis van de Arbeidswet 1911 is tussen neus en lippen door een en ander naar voren gebracht omtrent de verhouding tussen zorggedraging en disculpatieregeling. In de ogen van de wetgever was, volgens Gritter, in art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud) sprake van een ‘fait d’excuse’.<sup>27</sup> Hij komt tot die gedachte onder verwijzing naar bepaalde kamerstukken uit die tijd.<sup>28</sup> Het was inderdaad weliswaar de initiële gedachte in de parlementaire stukken, maar die opvatting is gaandeweg de totstandkoming bijgesteld. In de parlementaire handelingen bij diezelfde Arbeidswet 1911 is namelijk overtuigend betoogd dat juist geen sprake is van een ‘fait d’excuse’, maar van een nadere omschrijving van de gedraging.<sup>29</sup> Van Hamel legde in de Tweede Kamer uit waarom het betreffende voorschrift niet moest worden gezien als ‘fait justificatif’ of als ‘fait d’excuse’. Deze twee Franse termen zagen immers op *“een omstandigheid die buiten de handeling of het verzuim gelegen is”*.<sup>30</sup> De disculpatieregeling in de Arbeidswet daarentegen hield volgens Van Hamel geen ‘fait justificatif’ of ‘fait d’excuse’ in. In de voorgestelde disculpatieregeling van art. 11bis lid 2 Arbeids-

<sup>25</sup> *Kamerstukken II*, 1921/22, 458, nr. 3, p. 18.

<sup>26</sup> Art. 29 lid 2 Veiligheidswet 1934 (oud), *Stb.* 1934, 352 (p. 478-479).

<sup>27</sup> E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 133 en E. Gritter, ‘De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83, zie p. 71.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 12. Zie tevens *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 5, p. 33 en *Handelingen II*, 1910/11, p. 1890.

<sup>29</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1938.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 1939.

wet 1911 (oud) werden volgens Van Hamel slechts de strafbare handelingen<sup>31</sup> nader omschreven.<sup>32</sup> De zorggedraging uit het voorgestelde eerste lid, werd met andere woorden uitgewerkt in de disculpatieregeling. Zodoende kan uit de disculpatieregeling worden afgeleid wat het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel betekent.

Ook Nolte heeft betoogd dat de hier bedoelde disculpatieregelingen de inhoud van het zorgen kunnen bepalen.<sup>33</sup> De zorggedraging zou in zijn ogen inhouden dat de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden. Disculpatieregelingen konden aldus ten tijde van hun ontstaan begin twintigste eeuw al niet meer worden gezien als strafuitsluitingsgronden. Daarvoor was geen jurisprudentie nodig. Dat het inderdaad geen strafuitsluitingsgronden zijn, is in de rechtspraak later uitdrukkelijk bevestigd.<sup>34</sup> De disculpatieregelingen gaven zodoende inhoud en betekenis aan de zorggedraging.

Er bestonden echter ook nog wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die niet vergezeld werden door een disculpatieregeling. De vraag komt daardoor op of de zorggedraging bij die bepalingen misschien anders wordt ingevuld. Ten aanzien van de gevallen waarin dergelijke disculpatieregelingen niet voor handen waren, lijkt Nolte te hebben willen beweren dat het wel zorgen – in navolging van de hierboven aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad in het kader van de wateraansluiting<sup>35</sup> – moet worden gezien als louter 'maatregelen nemen'.<sup>36</sup> Tegelijkertijd, zo heeft Nolte gemeend, zou het omwille van de uniformiteit gewenst zijn de uitleg van het zorgen in disculpatieregelingen gelijk te laten gelden voor andere bijzondere wetten waarin het gedragsbestanddeel 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) zonder disculpatieregeling is opgenomen.<sup>37</sup> Nolte heeft in het midden gelaten of hij zijn wens in vervulling heeft zien gaan. Hier gaat het er op dit punt eerst om dat voor de inhoud van de zorggedraging te rade kan worden gegaan bij disculpatieregelingen. Later (in paragraaf 6.3) zal worden teruggekomen op de verhouding tussen de zorggedraging en de aan- of afwezigheid van een disculpatieregeling.

Vervolgens rijst logischerwijs wel de vraag naar de inhoud van de termen uit de disculpatieregelingen. Van hetgeen daaromtrent in hoofdstuk 5 naar voren kwam, moet het volgende worden herhaald ter bepaling van de inhoud van de zorggedraging. De betekenis van de verschillende onderdelen van die regelingen zoals de 'noodige bevelen geven,' is kort aan de orde geweest in de wetsgeschie-

---

<sup>31</sup> Daarmee bedoelde hij de 'delictuele gedragingen'. In de parlementaire stukken staat niet dat hij een specifiek idee had bij het gebruik van de term 'handelingen'.

<sup>32</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1938-1939.

<sup>33</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 199.

<sup>34</sup> Hoge Raad 19 november 1934, NJ 1935, 349 en Hoge Raad 16 mei 1938, NJ 1938, 1019.

<sup>35</sup> Hoge Raad 27 april 1931, NJ 1932, p. 480-481.

<sup>36</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 199.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 200.

denis van de Arbeidswet van 1911.<sup>38</sup> De Minister gaf de Tweede Kamer mee: *“Of de bevelen en de middelen de noodige zijn of niet, of het toezicht het noodige is of niet, is een quaestie van appreciatie, maar het feit dat bevelen en middelen er moeten zijn geweest en dat het toezicht er moet wezen, staat vast”*.<sup>39</sup> De regeling hield volgens de Minister in, dat ook een grote ondernemer met meer dan één vestiging er tegenover de rechter niet mee kan volstaan zich te verweren door te stellen dat hij anderen aan het hoofd van zijn werkplaats heeft staan die zorgen voor naleving van de Arbeidswet. De rechter zou daarop volgens de Minister moeten zeggen: *“mijnheer de directeur-generaal, het spreekt vanzelf, dat u niet kunt zorgen, dat Piet Jansen om 5 uur naar de vakschool gaat, maar welke regelen hebt u voor de naleving van de wet uitgevaardigd?”*<sup>40</sup> In dit verband is tevens van belang de vraag die in de Eerste Kamer werd opgeworpen en aan de orde stelde waarom in de disculpatieregeling soms van ‘nodige’ (bijvoorbeeld bij ‘bevelen’ en ‘middelen’) gesproken werd, en soms van ‘redelijkerwijs te vorderen’ (bij ‘toezicht’).<sup>41</sup> Een echt antwoord daarop heeft de Minister in eerste instantie niet gegeven. Hij achtte de nieuwe wetsbepaling niet onvolledig en meende dat de toen nieuw voorgestelde Arbeidswet nu eenmaal brak met het vorige systeem van strafrechtelijke aansprakelijkheid uit de Arbeidswet van 1889. Wel meende de Minister dat met de woorden ‘de nodige middelen zijn verschaft’ in hoofdzaak werd bedoeld op middelen die nodig kunnen zijn ten einde aan de voorwaarden te voldoen welke (bij algemene maatregel van bestuur) kunnen worden gesteld.<sup>42</sup> In de Eerste Kamer werd later nogmaals kritiek geuit op de vormgeving van de disculpatieregeling: waarom werd enerzijds gesproken van het *redelijkerwijze* te vorderen toezicht en anderzijds van de *nodige* bevelen geven en *nodige* middelen verschaffen?<sup>43</sup> De Minister zelf meende, in reactie op deze in de Eerste Kamer aangedragen kritiek in 1911, dat juist van bevelen en middelen wel vast zou kunnen staan welke *nodig* waren, maar dat het toezicht daarentegen elk ogenblik kon verschillen zodat in dat verband van ‘*redelijkerwijze* te vorderen’ moest worden gesproken.<sup>44</sup> In 1919 zijn omtrent de inhoud van de vereisten uit de disculpatieregeling verwante vragen gesteld,<sup>45</sup> maar daarop is door de Minister niet meer geantwoord.<sup>46</sup> Uit Hoge Raad 1 februari 1949, NJ 1949, 552 volgt tot slot dat de disculpatieregeling zelfs *“meebrengt dat ook bevelen en maatregelen waarvan werkstaking en ernstige schade voor het bedrijf zijn te duchten, niet onder alle omstandigheden van de in [de disculpatieregeling – BK] bedoelde nodige bevelen en maatregelen zijn uitgesloten”*.<sup>47</sup> Aan de opgesomde voorwaarden van de disculpa-

<sup>38</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1939 en *Handelingen I*, 1910/11, p. 568 en 595.

<sup>39</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1939.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 568.

<sup>42</sup> Idem, p. 595.

<sup>43</sup> *Handelingen I*, 1911/12, p. 17.

<sup>44</sup> Idem, p. 37-38.

<sup>45</sup> *Handelingen I*, 1919/20, p. 91.

<sup>46</sup> Vergelijk *Handelingen I*, 1919/20, p. 111-112.

<sup>47</sup> Hoge Raad 1 februari 1949, NJ 1949, 552. Waarover W. Pompe, ‘Over de verantwoordelijk-

tieregeling zal aldus niet in alle gevallen licht zijn voldaan.

Gezien de disculpatieregelingen, die geen fait d'excuse, fait justificatif en strafuitsluitingsgrond zijn maar waarin de zorggedraging nader wordt uitgewerkt, kan het haast niet anders, dan dat het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel bij het beantwoorden van de vraag in hoeverre wél is gezorgd meer omvat dan het louter 'maatregelen nemen'. Zodoende is het antwoord op de e-vraag of disculpatieregelingen een indicatie kunnen geven van de betekenis van de zorggedraging: ja. De zorggedraging verlangt in het licht van de letterlijke termen uit de originele disculpatieregelingen dat 1) de nodige bevelen worden gegeven, 2) de nodige maatregelen worden genomen, 3) de nodige middelen worden verschaft én 4) het redelijkerwijze te vorderen toezicht wordt gehouden. Het 'nemen van maatregelen' is daarbinnen (slechts) een onderdeel (hetgeen in de vorige alinea ten aanzien van vraag-d langs andere weg eveneens is duidelijk gemaakt). Het 'zorgen' kan dus worden ingevuld met behulp van disculpatieregelingen. De wijze waarop, de verhouding tot andere invullingen van de zorggedraging en nadere complicaties, is aan de orde in paragraaf 6.3. Eerst moet de bijzondere ouderschapsconstructie op basis van de bevindingen uit hoofdstuk 5 verder worden uiteengezet.

#### **6.2.6 Ad vraag f: soms zijn er aanvullende artikelleden waarin de zorg lijkt te worden uitgewerkt: wat voegen die toe?**

In hoofdstuk 5 (paragraaf 5.3.2.8.3) is onder meer aan de orde geweest wat de toegevoegde waarde is van artikelleden die aansluitend op de zorgplichtbepaling in kwestie zijn opgenomen en de strekking hebben dat 'de zorg, bedoeld in het vorige lid, houdt in ieder geval in' et cetera. Bij de bespreking van de betreffende bepalingen (art. 3 lid 2 Wet bescherming Antarctica, art. 19L lid 2 Natuurbeschermingswet en in paragraaf 5.3.2.2 art. 18 tweede volzin Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden) is duidelijk geworden dat de zorg uit het eerste lid weliswaar onder meer de in het tweede lid gegeven uitwerking van zorgen behelst, maar dat niet uitsluitend doet. Het zorgen kan meer omvatten dan de suggestie die de verhelderende tweede leden doen. Daarmee is vrij kort het antwoord op de f-vraag gegeven. Sommige 'tweede leden' zijn, ofschoon verhelderend, niet bepalend voor de inhoud van de zorggedraging.

Een ander interessant aspect van de tweede leden waarin is uitgewerkt 'wat het zorgen in ieder geval inhoudt' heeft betrekking op de inkleuring van het zorgen middels de woorden 'voldoende' respectievelijk 'zoveel mogelijk' die daarin soms voorkomen. Deze termen kunnen op zeer uiteenlopende en tegenstrijdige wijzen worden geïnterpreteerd maar zijn in de totstandkomingsgeschiedenissen nergens uitgewerkt. Dit is één van de bijzondere kwesties waaraan in paragraaf 6.3 nog speciale aandacht zal worden geschonken.

---

heid van werkgever en werknemer i.v.m. werkstaking', *Nederlands Juristenblad* 1949-33, p. 641-646.

### 6.2.7 Ad vraag g: is 'zorgen' een soort verantwoordelijkheid, garantie of zekerstelling?

Een aantal malen werd in hoofdstuk 5 tegen opmerkingen uit de wetsgeschiedenis aangelopen die de vraag deden rijzen of de betekenis van het 'zorgen' zou moeten worden gezocht in een soort verantwoordelijkheid of garantie. In de wetsgeschiedenis van art. 9.2.3.1 Wmb in het bijzonder, is bijvoorbeeld aangegeven dat het bij die regeling in zekere zin gaat om het 'verantwoordelijk zijn' van de fabrikant of importeur (paragraaf 5.3.2.1.1). Volgens de wetgever zouden de geadresseerden 'aan hun verantwoordelijkheid hebben voldaan' door te zorgen voor de door de wetgever verlangde situatie.

Vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van art. 1a lid 1 en 2 Woningwet (paragraaf 5.3.2.5). Het uitgangspunt van de wetgever is daar namelijk *"dat degene die verantwoordelijk is voor een gevaarzettende situatie ook verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen daarvan zonder zich daar met een beroep op subjectieve (persoonlijke) eigenschappen of kennis aan te kunnen onttrekken"*.<sup>48</sup> De wetgever laat hier doorklinken dat de zorggedraging een behoorlijk directe werking heeft waaraan de geadresseerde zich niet eenvoudig kan onttrekken. Volgens de wetgever moet de geadresseerde 'bijzondere aandacht besteden aan de naleving van de verplichting'. Het niet voldoen aan de zorgplicht ligt immers *"in beginsel binnen de risicosfeer van de eigenaar of andere bevoegde persoon"*.<sup>49</sup> En: 'de geadresseerde personen zijn gehouden het *noodzakelijke* te doen'.<sup>50</sup>

De regeling van de Arbeidswet van 1889 wijzigde met de Arbeidswet van 1911. Eén van de initiële aanleidingen voor de voorgestelde verandering van de daderschapssystematiek in de twee verwante wetten was een aantal ongewenste vrijspraken in gevallen waarin schending van de Arbeidswet door bepaalde personen was 'geduld'. Hoewel ook het dulden reeds binnen de regeling viel van vóór de zorgplichtbepaling van 1911, werd toch de wens benadrukt de *verantwoordelijken* sowieso binnen het bereik van het strafrecht te brengen (paragraaf 5.3.3.2.1). In dat beeld past ook de opzichter die door het bedrijfshoofd wordt belast met een zorg die voordien alleen op hem – het bedrijfshoofd – rustte. De Minister overwoog bij art. 11ter Arbeidswet 1911 dat *"zoo hij zich niet behoorlijk van die taak kwijt"* zal de opzichter zich *"niet alleen tegenover zijn patroon, maar ook tegenover den strafrechter hebben te verantwoorden"*.<sup>51</sup> Aldus is een terloops geopperde invulling van het 'zorgen' het 'onbehoorlijk van de taak kwijten'. Een verhelderende aanwijzing is het niet, maar het voorziet wel weer in een indicatie vanuit welke richting moet worden gedacht in geval van toepassing van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Het door de Minister zijdelings gebezig-

<sup>48</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 27.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>51</sup> *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 12.

de 'behoorlijk van een taak kwijten' kan daardoor hooguit worden gezien als een aanwijzing voor de betekenis en invulling van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als strafrechtelijk gedragsbestanddeel. Het 'niet behoorlijk van een taak kwijten' biedt opnieuw ruimte aan de gedachte dat zorgen veeleer ziet op een bijzondere vorm van *inspanning* in de zin van een soort streven, bevelen, garanderen en verzekeren, dan dat het ziet op een concrete gedraging.

Hier is nog relevant te melden dat in hoofdstuk 5 het oog is gevallen op de Engelse tekst van de richtlijn waaraan art. 11 Arbowet is ontleend (paragraaf 5.3.3.1.4). Ook daaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat zorgen een betekenis heeft in de richting van 'garanderen' of 'verzekeren'.

Het antwoord op de g-vraag luidt dan ook dat inderdaad het zorgen moet worden gezien als een soort verantwoordelijkheid, garantie en zekerstelling. Naar aanleiding van het voorgaande komt de vraag op in hoeverre bij de zorggedraging wel sprake is van een traditionele gedraging als complex van doen en/of laten.

#### **6.2.8 Ad vraag h: draaien zorgplichtbepalingen om een gedraging in traditionelere zin of om risico-daderschap?**

Tegen de achtergrond van het bovenstaande wijzen de in hoofdstuk 5 gevonden indicaties in de richting van een soort 'garanderen' of 'verzekeren' als betekenis van de zorggedraging. De meermaals opgeworpen en nu te beantwoorden vraag is of dat iets anders is dan een gedraging in meer traditionele zin die wordt gevormd door een doen en/of laten.

Zoals gezegd, is de regeling van de Arbeidswet van 1889 vervangen door de Arbeidswet van 1911. Gekozen werd voor een nieuwe, bijzondere systematiek waarin een zorggedraging centraal stond. Toegelicht werd, dat door de nieuwe regeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid werd gebroken met het systeem dat daarvoor had gegolden. Het oude systeem van de Arbeidswet van 1889 hield in eerste instantie in dat alleen het 'doen verrichten van arbeid' kon worden bestraft.<sup>52</sup> Naast het 'arbeid doen verrichten' werd in de Arbeidswet 1911 nadrukkelijk het 'zorgen' geplaatst. Hoofden en bestuurders moesten ervoor zorgen dat de Arbeidswet niet zou worden geschonden. In paragraaf 5.3.3.2 bleek dat het er niet om ging de Arbeidswet uit te breiden tot het niet *dulden* van schendingen van de arbeidswet. Die mogelijkheid immers – zo bleek gaandeweg uit de wetsgeschiedenis – bestond ook voor wijziging al. Daar was de systeemverandering niet voor nodig en in zoverre is daarmee ook het antwoord gegeven op de hierboven in het inleidende stuk van paragraaf 6.2 opgeworpen vraag van Nolte of het ingevoerde zorgen meer omvat dan dulden.<sup>53</sup> Dat 'zorgen' omvat inderdaad meer, omdat het dulden voordien ook al binnen het bereik van de 'reguliere' strafbepalingen in de Arbeidswet viel en de gedachte achter het vernieuwde zorgplichtsys-

---

<sup>52</sup> Idem, p. 4.

<sup>53</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 199.

teem juist was het bereik van de wet (nog) verder te laten strekken (zie paragraaf 5.3.3.2.1). De bijbehorende wetsgeschiedenis heeft buiten twijfel gesteld wat de betekenis is van het ‘zorgen’ in de Arbeidswet 1911.<sup>54</sup> Het ouderschap bij de zorgplichtbepaling moest zelfs de passieve kant van de gedraging, het dulden, ontstijgen. De zorggedraging moest kennelijk verder gaan dan het doen en/of laten. Zoals in hoofdstuk 5 is gebleken, werd daarom naast lid 1 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud), dat inhield dat het verboden was in strijd met de Arbeidswet arbeid ‘te doen verrichten’<sup>55</sup> en dat ingevolge jurisprudentie<sup>56</sup> zowel een doen als een laten omvatte, in lid 2 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) een zorgplichtbepaling opgenomen teneinde duidelijk te maken dat in gevallen waarin letterlijk *zonder meer* de Arbeidswet op één of andere wijze was geschonden, het strafrecht dan (in beginsel) kon worden toegepast ten aanzien van de geadresseerde hoofden, bestuurders of toezichthouders. Een gedraging was daarvoor niet vereist aangezien voor gevallen van doen en/of laten al lid 1 van art. 11bis Arbeidswet 1911 (oud) in het leven was geroepen.

De kern van de bedoelde bijzondere ouderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin klinkt door in de volgende zinnen van de Minister. *“Volgens de bedoeling van den vooropgestelden regel zal de werkgever niet een zekere mate van zorg hebben aan te wenden over het al of niet voldoende waarvan dan de rechter moet beslissen neen, zoodra een toestand of een feit, als door de wet niet wordt gewild, zich in zijne onderneming voordoet, wordt hij geacht in gebreke te zijn gebleven en valt hij onder de strafbepaling”*.<sup>57</sup> Zodra een toestand of een feit, als door de wet niet wordt gewild, zich voordoet, wordt de geadresseerde van de betreffende bepaling geacht in gebreke te zijn gebleven en valt hij onder de strafbepaling. Op dat moment, in die door de wetgever ongewenste situatie (ongeacht al dan niet de aanwezigheid van enige vorm van een gedraging), valt de geadresseerde onder de bepaling. Dán is de geadresseerde dader. Voor het ouderschap is al voldoende dat zich een bepaalde toestand of een bepaald feit voordoet dat door de wetgever niet werd gewenst. De wetgever sprak zelf van een ‘streng aansprakelijkheid’ die in bepaalde gevallen te ver zou kunnen gaan. Ter inperking daarvan werd de meermaals genoemde disculpatieregeling opgenomen in de Arbeidswet (zie nader paragraaf 6.3).

Dat deze bijzondere constructie, die onverminderd geldt ten aanzien van heden-

<sup>54</sup> De betekenis van het zorgen de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin in art. 11bis lid 2 Arbeidswet 1911 (oud) is tot op heden geldend en komt direct terug in art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet.

<sup>55</sup> Voor alle duidelijkheid: het ‘arbeid doen verrichten’ is niet hetzelfde op te vatten als de deelnemingsvorm ‘doen plegen’ in art. 47 Sr, H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten* (diss. Utrecht), Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 199.

<sup>56</sup> *Kamerstukken II*, 1910/11, 39, nr. 1, p. 4. Door de Minister werd gewezen op Hoge Raad 17 februari 1902, Weekblad van het Recht, 7727, Hoge Raad 24 mei 1904, Weekblad van het Recht, 8070 en Hoge Raad 14 januari 1907, Weekblad van het Recht, 8487. Zie tevens *Handelingen II*, 1910/11, p. 1938.

<sup>57</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 595.

daagse zorgplichtbepalingen in enge zin, tegenwoordig weinig aandacht trekt en niet veel in hedendaagse jurisprudentie voorkomt, wil natuurlijk niet zeggen dat daarvoor in andere tijden evenmin belangstelling bestond. Ten aanzien van toenmaals (maar thans niet meer als zodanig) geldende zorgplichtbepalingen is wel enige jurisprudentie verschenen. De vraag is in hoeverre voorgaande bijzondere daderschapsconstructie door de betreffende uitspraken wordt bevestigd.

Een belangrijk maar zeldzaam arrest dat handelt over de materieelrechtelijke werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen is door de Hoge Raad gewezen in 1975.<sup>58</sup> In de daarbij berechte strafzaak was de natuurlijke persoon, een bestuurder van een rechtspersoon, veroordeeld en in eerste instantie in essentie verweten dat hij had *"nagelaten te zorgen dat in zijn, verdachtes, onderneming voldaan werd aan de krachtens [AMvB – BK] gegeven voorschriften tot het voorkomen van ongevallen, immers was door een defect aan de kwikschakelaar voormelde snijmachine niet zodanig ingericht en van zodanige toestellen of beschermingen voorzien dat het gevaar van snijden van de handen van de arbeider tijdens diens werkzaamheden aan die machine zoveel mogelijk werd voorkomen"*.<sup>59</sup> Als cassatiemiddel werd namens de verdachte aangevoerd dat het toch niet zo kon zijn dat de in (het ten tijde van het delict geldende) art. 7, vijfde lid, Veiligheidswet 1934 (oud)<sup>60</sup> aan de bestuurder van een onderneming opgelegde zorgplicht van dien aard was, dat reeds uit het in diens onderneming niet voldaan zijn aan een voorschrift waaraan ingevolge die wet of lagere regeling voldaan moest zijn, door de rechter de gevolgtrekking zou kunnen worden verbonden dat de bestuurder in de bedoelde zorgplicht was tekort geschoten.

Anders geformuleerd: zou de enkele door de wetgever ongewenste toestand, te weten dat niet was voldaan aan een bepaald voorschrift, inhouden dat niet was zorggedragen en *zonder meer* daderschap kunnen opleveren? De bepaling in kwestie – het is belangrijk die voor ogen te hebben – luidde: *"5. Het hoofd of de bestuurder is verplicht te zorgen, dat in zijne onderneming voldaan wordt aan de voorschriften, gegeven bij den in het eerste lid bedoelden algemeenen maatregel van bestuur, zoomede aan de eischen bedoeld in het eerste en het derde lid"*.<sup>61</sup> Dit vijfde lid van artikel 7 was strafbaar gesteld in art. 31 Veiligheidswet 1934 (oud). A-G Rammelink concludeerde dat, gezien eerdere jurisprudentie<sup>62</sup> en parlemen-

<sup>58</sup> Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234. Aan deze uitspraak is zijdelings ook (kort) aandacht besteed door De Vries-Leemans. Zij geeft aan dat de disculpatieregeling inderdaad 'in het strafrecht een bijzondere positie inneemt' en dat het aan de rechter is aan dergelijke bepalingen nadere concretisering te geven, M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Enkele aspecten van daderschap', in: A.C. 't Hart, W. Nieboer, G.A.M. Strijards en M.J.H.J. de Vries-Leemans (red.), *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 315-331, zie p. 323. Keulen noemt de uitspraak in een voetnoot in een rijtje 'interessante arresten', B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 41.

<sup>59</sup> Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234. Overigens moet hierbij geen waarde worden gehecht aan het gebruik van de term nalaten; de term is hier inwisselbaar voor 'niet'.

<sup>60</sup> Wet van 2 juli 1934, *Stb.* 1934, 352.

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> Merendeels afkomstig uit de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw. Deze jurisprudentie komt in voorliggend hoofdstuk eveneens aan de orde.



taire geschiedenis,<sup>63</sup> de Hoge Raad respectievelijk de wetgever “*zich op het standpunt van de (zij het gepreassumeerde) objectieve zorgplicht hebben gesteld, en dat mitsdien de enkele omstandigheid, dat een wederwettelijke situatie wordt aangetroffen in het bedrijf van de betreffende ‘ondernemer/bestuurder’ (tot het leveren van tegenbewijs) impliceert, dat de zorgplicht (blijkbaar) niet is nagekomen*”.<sup>64</sup> Rammelink achtte het betreffende middel dan ook niet gegrond.

De Hoge Raad was dezelfde mening toegedaan en overwoog met betrekking tot het gevoerde middel, waarin de opvatting werd gehuldigd dat aan het enkele niet voldaan zijn aan bepaalde voorschriften niet de consequentie mocht worden verbonden dat de bestuurder in zijn wettelijke strafrechtelijke zorgplicht was tekortgeschoten, als volgt: “*Dat deze opvatting zich evenwel, in haar algemeenheid, niet laat rijmen met een juiste uitleg van het vijfde lid van art. 7 van genoemde wet; dat toch moet worden aangenomen, dat indien in zijn onderneming niet voldaan is aan de in die bepaling bedoelde voorschriften, de bestuurder van die onderneming niet gezegd kan worden in de zin dier bepaling te hebben “gezorgd” dat in zijn onderneming aan die voorschriften voldaan wordt en dit slechts uitzondering lijdt in het geval dat ingevolge het bepaalde in het tweede lid van art. 29 van voornoemde wet aan bedoelde zorgplicht geacht moet worden te zijn voldaan*”.<sup>65</sup>

Dit is een belangrijke overweging. Ook expliciet volgens de Hoge Raad resulteert het enkele ‘niet zorgen’ in het geschonden zijn van de bepaling, althans in het bewijs van daderschap. Voor daderschap is niet vereist dat ‘bepaalde verzui men zijn begaan’ of dat zich ‘een tekort aan inspanning heeft voorgedaan’ alsof het om een gedraging in enge zin zou gaan. Rammelink wijst erop dat de wetgever voor een dergelijke uitleg bij dit type bepalingen nadrukkelijk niet heeft gekozen.<sup>66</sup> Het ‘niet zorgen’ moet in objectieve zin worden opgevat. Het daderschap zit in de aanwezigheid van het resultaat dat de wetgever aanduidt en is onafhankelijk van een subjectieve gesteldheid. Is niet gezorgd, dan is de zorgplicht geschonden, dan staat het daderschap in beginsel vast en dan kunnen de volgende stappen op weg naar strafbaarheid en uiteindelijk strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gezet. Voor het daderschap bij zorgplichtbepalingen is aldus geen gedraging in traditionele zin nodig.

Interessant is het ter zijde te melden dat de wetgever in 1931 over de aan de orde zijnde zorgplichtbepaling in de memorie van toelichting niet meer opmerkte dan “*het vijfde lid behelst een nieuwe bepaling, welke opnem ing nodig was om een eenvoudige redactie van de strafbepalingen te kunnen krijgen*”.<sup>67</sup> Dit gebrek aan onderbouwing sluit aan bij vrijwel de meeste wetsgeschiedenissen die in hoofdstuk 5 werden besproken. Opmerkelijk is, dat de vormgeving van het delict werd gezien als ‘eenvoudige’ redactie. Het past in het beeld van de eerste helft

<sup>63</sup> Onder verwijzing naar met name H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948.

<sup>64</sup> A-G Rammelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (laatste alinea).

<sup>65</sup> Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234.

<sup>66</sup> A-G Rammelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (derde alinea).

<sup>67</sup> *Kamerstukken II*, 1931/32, 217, nr. 3, p. 12 en *Kamerstukken II*, 1933/34, 71, nr. 1, p. 4.

van de twintigste eeuw waarin dergelijke regelingen opkwamen. Inhoudelijk lijkt in de parlementaire geschiedenis weinig vermeldenswaardigs voorbij te komen zodat ook hier moet worden teruggегреpen op het, door R Emmelink zo genaamde, ‘moeder-artikel’ uit de Arbeidswet van 1911.<sup>68</sup> En daarmee is de cirkel rond, want juist in het kader van dat artikel is door de Minister een uitleg gegeven die door de Hoge Raad is bekrachtigd.

Gezien het voorgaande lijkt de veronderstelling te worden bevestigd dat het ouderschap bij zorgplichtbepalingen zonder meer ontstaat: dus zonder dat daarbij een doen of laten een rol hoeft te spelen. Het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin vloeit voort uit (de constatering van) de in de wet aangeduide ongewenste situatie. Het duidelijkst is misschien nog wel de openingszin van R Emmelink in zijn conclusie voor het hierboven besproken arrest uit 1975. *“In het strafrecht heeft men te maken met een type delicten, waarbij de wetgever niet veronderstelt, dat de dader eigenhandig ‘een daad stelt of een bepaald verzuim pleegt’, maar hem een algemene zorgplicht wordt opgelegd”*.<sup>69</sup> Het gaat niet om een ‘daad of verzuim’ maar de geadresseerde is een algemene plicht opgelegd. Het ouderschap bij zorgplichtbepalingen is zodoende anders dan bij andere delicten. Daarvoor is het werkwoord ‘zorgen’ verantwoordelijk. Het antwoord op de h-vraag luidt daarom dat zorgplichtbepalingen om een soort nader te duiden ‘risico-ouderschap’ zouden kunnen draaien en niet om een gedraging in meer traditionele zin. Een belangrijke vraag blijft ondertussen wel wat nu precies de verhouding is tussen de invulling van zorgen als ‘door de wetgever ongewenste situatie’ tegenover de invulling van de zorggedraging in disculpatieregelingen. Daarop wordt in paragraaf 6.3 teruggekomen. In het navolgende zal worden bekeken in hoeverre de constructie kan worden gezien als een vorm van risico-aansprakelijkheid. Eerst is nog van belang te bezien in hoeverre elders nog vermoedens zijn geuit, dan wel concrete bevestiging is te vinden, voor de bijzondere werking van ouderschap bij zorgplichtbepalingen.

### **6.2.9 Ad vraag i: in welke mate wordt het risico-ouderschap bevestigd of juist ontkend in literatuur en hedendaagse jurisprudentie?**

Verspreid over de juridische literatuur van de laatste jaren is een kleine hoeveelheid indicaties te vinden waarin opnieuw – en voortbouwend op Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 – de suggestie doorklinkt dat ruimte bestaat voor een mogelijk afwijkende, en daardoor bijzondere, vorm van ouderschap. Die mogelijkheid wordt veelal geopperd in combinatie met (een variant op) het begrip zorgplichtbepaling (in ruime zin). Het betreft telkens opmerkingen terzijde die helaas niet al te veel nader zijn uitgewerkt. Van die terloopse opmerkingen die gekoppeld lijken te moeten worden aan wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in – de hier besproken – enge zin, kan het volgende overzicht worden

---

<sup>68</sup> A-G R Emmelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (derde alinea).

<sup>69</sup> Conclusie R Emmelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (alinea 1).

gegeven.

Volgens Rölöng gaat het bij die specifieke regelingen om aansprakelijkheid wegens onvoldoende zorg; eigen verzuim dat behoudens tegenbewijs wordt verondersteld.<sup>70</sup> In zijn omvangrijke artikel betreffende nalaten in het strafrecht spreekt Rölöng kort en in de kantlijn over zorgplichtbepalingen. Ook uit die enkele zijdelingse kantlijnbenadering in een uitputtend opstel over nalaten, zou voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de zorggedraging anders is dan het pure strafrechtelijke nalaten. Rölöng karakteriseert de zorgplichtbepalingen als het gebied *“waar men dus gestraft wordt wegens onvoldoende toezicht over anderen waarvoor de wet aansprakelijk stelt”*.<sup>71</sup> Het gaat veelal om strafbaarheid *“wegens verzuim van de zorg, dat de anderen dergelijke feiten niet plegen”*.<sup>72</sup>

De wettelijke constructie waarin een persoon wordt verplicht ervoor te zorgen dat in diens onderneming de (strafrechtelijk te handhaven) voorschriften (ook door anderen) worden nageleefd, kwam men vooral eertijds veelvuldig tegen. Dat werd veelal gecombineerd met een disculpatieregeling. Art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) was daarvan een voorbeeld dat lang gelding heeft gehad (zie paragraaf 5.3.4.5). Tegenwoordig is één van de weinig overgebleven bepalingen met een dergelijke ruime strekking – maar zonder disculpatieregeling – art. 5:16 Arbeidstijdenwet (zie paragraaf 5.3.3.2.3). De meeste andere hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin kennen geen zorggedraging meer die betrekking heeft op ‘de zorg voor de naleving van de regels’. Het gaat in de huidige tijd vooral nog om de zorg voor een bepaalde situatie. De betekenis van de term ‘zorgen’ lijkt daarbinnen gewoon dezelfde te zijn gebleven. Rölöng sprak ten aanzien van de hier onderzochte zorgplichtbepalingen van ‘aansprakelijkheid’ in het algemeen<sup>73</sup> en van ‘verzuim’. Ook daarmee zijn weer minuscule aanwijzingen gegeven omtrent het materieel inhoudelijke functioneren van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

Wladimiroff stelt dat het in het economisch strafrecht gaat om strafbepalingen die beogen een elders omschreven norm af te dwingen. Er is in zijn ogen sprake van een dirigerend gebodstelsel: *“een gedraging is op zich meestal niet van belang”*.<sup>74</sup> Die terloopse losse opmerking wordt even later gevolgd door de eveneens losse verduidelijking van waarop het delictuele-gedrag ziet. Hij schrijft: *“verboden gedrag (nalaten of toestand)”*.<sup>75</sup> Uit de zinsnede kan met de nodige sla-

<sup>70</sup> B.V.A. Rölöng, ‘Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154, zie p. 93.

<sup>71</sup> Idem, zie p. 107.

<sup>72</sup> Idem, zie p. 107.

<sup>73</sup> Dat wil zeggen ‘aansprakelijkheid’ zonder bijbedoeling ten aanzien van een keuze voor daderschap of strafbaarheid. Met ‘aansprakelijkheid’ lijkt Rölöng in de context van zijn betoog steeds te hebben bedoeld dat een en ander ‘gewoon’ binnen het bereik van het strafrecht valt maar daarvoor wel een term te hebben gekozen waarin elementen van risico en verantwoordelijkheid zijn ingebakken.

<sup>74</sup> M. Wladimiroff, ‘Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie’, in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 183-196, zie p. 187.

<sup>75</sup> Idem, zie p. 190.

gen om de arm worden afgeleid dat (i) nalaten en 'toestand' niet hetzelfde zijn en (ii) dat de delictsgedraging zich kan manifesteren door een enkele toestand dus zonder een gedraging in de meer traditionele zin van doen en/of nalaten. Helaas blijft het een vluchtige opmerking in een tekst die verder op een ander onderwerp ziet.

Klip laat in zijn oratie in één daaraan gewijde alinea doorschemeren dat hij het materiële deel van het Europese uniestrafrecht als 'risicostrafrecht' kenmerkt. Hij merkt op: "*De werkelijke gedraging van de dader doet er niet zoveel toe, het gaat om de positie of verantwoordelijkheid die de dader inneemt (zorgplichtschending)*".<sup>76</sup> Een verdere uitwerking toegepast op het nationale strafrechtelijk ouderschap ontbreekt, maar het is wel een bouwsteen die past in de eerdere rij voor de constructie van het bijzondere ouderschap bij zorgplichtbepalingen in enge zin.

Van Elst merkt ten aanzien van de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet (waarover in het voorgaande paragraaf 5.3.3.2.1) het volgende op. "*De constatering dat een kind arbeid verricht [...] is dan voldoende om het ouderschap aan te nemen van de rechtspersoon die als verantwoordelijke persoon [...] kan worden aangemerkt*".<sup>77</sup> Een verdere uitwerking van het ouderschap bij de zorggedraging ontbreekt ook in die publicatie maar wel wordt opnieuw een aanwijzing gevonden: de enkele constatering is voldoende voor ouderschap.

Door De Valk wordt in navolging van Van Elst erop gewezen dat voor het rechtstreeks ouderschap van de rechtspersoon waarschijnlijk voornamelijk mogelijkheden bestaan in het kader van onder andere zorgplichtbepalingen.<sup>78</sup> In die gevallen zou geen tussenkomst van (een gedraging van) een natuurlijk persoon nodig zijn.

Gritter licht in zijn bijdrage aan het liber amicorum van De Jong terzijde toe wat hij onder zorgplichtbepalingen begrijpt.<sup>79</sup> Hij verstaat daaronder zowel bepalingen met een expliciete zorggedraging als bepalingen waarin een verplichting tot het nemen van maatregelen staat. Als voorbeeld van de eerst genoemde variant wijst hij op art. 3:2 lid 1 Arbeidstijdenwet (paragraaf 5.3.3.2.1). Hij merkt, zonder er verder op in te gaan, kort opdat het zijns inziens "*niet zo is dat zodra een kind werkt, de verantwoordelijke persoon er dus niet voor heeft gezorgd dat*

---

<sup>76</sup> A.H. Klip, *Uniestrafrecht*, (Oratie: Maastricht), Deventer: Kluwer 2005, p. 16.

<sup>77</sup> R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 419.

<sup>78</sup> S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 312-313 en 320; R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 418-419.

<sup>79</sup> E. Gritter, 'De antonimiteit van ouderschap en zorgvuldig gedrag', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83.

*het kind geen arbeid verricht*".<sup>80</sup> Gezien de voorgaande alinea's kan (en eigenlijk moet) daarover anders worden gedacht. Het is juist wel zo dat zodra de door de wetgever ongewenste situatie (dat een kind werkt) zich voordoet, de geadresseerde *dus* niet heeft gezorgd, althans het ouderschap kan worden vastgesteld.

Voor wat betreft niet-commune zorgplichtbepalingen in enge zin is een (bijzonder klein) aantal rechterlijke uitspraken gedaan dat geen afbreuk doet aan de hierboven in kaart gebrachte indicaties. De uitspraken kwamen in hoofdstuk 5 al voorbij. Onder meer is ten aanzien van art. 8 Arbowet door de Hoge Raad (paragraaf 5.3.3.1.3) een arrest van het Hof bevestigd waarin sprake was van een niet nader ingevulde zorggedraging. De enkele schending van de zorgplicht lijkt voldoende te zijn geweest voor totstandkoming van in ieder geval het ouderschap.<sup>81</sup> Evenmin is de werking van het zorgbestanddeel verduidelijkt in een uitspraak betreffende art. 11 lid 1 Wet voorkoming verontreiniging door schepen.<sup>82</sup> De voornaamste reden het artikel als zorgplichtbepaling vorm te geven, was volgens de wetgever toentertijd gelegen in het gebruiksgemak en de doeltreffendheid ervan (paragraaf 5.3.2.4.1). De bepaling werd in voornoemd arrest inderdaad vrij eenvoudig toegepast, maar over de rechtsstatelijke houdbaarheid of het functioneren van ouderschap bij zorgplichtbepalingen in enge zin, zegt het niets.

Het antwoord op de i-vraag luidt dat al met al in de beperkte hoeveelheid literatuur wel wat kleine aanwijzingen konden worden gevonden, inhoudende dat met wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin iets bijzonders aan de hand is. Een daadwerkelijke uitwerking zal in de literatuur echter vergeefs worden gezocht. Hetzelfde geldt voor jurisprudentie ten aanzien van de in hoofdstuk 5 onderzochte zorgplichtbepalingen van de laatste jaren. Voor zover die jurisprudentie er al is, laat die de inhoud van de zorggedraging ongemoeid doordat daarbij niet wordt stilgestaan.

#### **6.2.10 Ad vraag j: is risico-ouderschap hetzelfde als risico-aansprakelijkheid?**

Ondertussen begint een beeld te ontstaan van ouderschap bij zorgplichtbepalingen dat neigt naar een vorm van risico-aansprakelijkheid. De bijzondere constructie van ouderschap bij zorgplichtbepalingen is immers tot nu toe als volgt. Indien zich een door de wetgever ongewenste situatie voordoet waarvan een geadresseerde had moeten zorgen dat die zich niet zou voordoen, dan moet deze persoon direct worden gezien als vader, zonder dat daarvoor een gedraging in traditionele zin (zijnde een doen en/of laten) hoeft te worden aangewezen. De geadresseerde moet garanderen of zekerstellen dat de toestand die de wetgever wenst zich voordoet. Zodra die verlangde stand van zaken of situatie er niet

<sup>80</sup> Idem, zie p. 71. Décursiveringen betroffen cursiveringen in de originele tekst.

<sup>81</sup> Hoge Raad 9 september 2003, LJN AF8565.

<sup>82</sup> Rechtbank Middelburg 10 maart 2003, LJN AF5487.

(meer) is, heeft de geadresseerde zijn zorgplicht geschonden. De geadresseerde heeft dan met andere woorden niet gezorgd en moet worden gezien als de dader die de strafrechtelijke zorggedraging beging. Dat is de consequentie van de garantie waarvoor hij verantwoordelijk is. Het strafrechtelijk ouderschap wordt zonder tussenliggende stappen geconstateerd en de vraag is of dat inhoudt dat zich hier een soort 'risico-ouderschap' of zelfs 'risico-aansprakelijkheid' aandient.

Bij het aankleden van het nieuwe systeem (inclusief disculpatieregling) van de Arbeidswet begin twintigste eeuw, kwamen veel kritische kanttekeningen in de wetsgeschiedenis voort uit de misvatting dat het zorgen zou zien op *strafbaarheid* in plaats van op ouderschap. In dezelfde valkuil is Nolte gestapt die beweert dat de disculpatieregeling van art. 76 Arbeidswet (oud) "*zich niet uitsprekt over de mate van zorg [...] maar over de grenzen der strafrechtelijke aansprakelijkheid*".<sup>83</sup> Vanuit diezelfde aan strafbaarheid – in plaats van aan ouderschap – gekoppelde gedachte, waren sommige parlementariërs voorstander van een redactie die directer aanknoopte bij de strafbaarheid. Gedacht werd aan een formulering in de vorm van 'het hoofd of de bestuurder is *aansprakelijk* voor schending van de arbeidswet'.<sup>84</sup> Daarin zou dan geen ruimte zijn weggelegd voor de term 'zorgen'. Hoofd en bestuurder zouden onmiddellijk *strafbaar* zijn voor schending van de voorgestelde Arbeidswet. Omdat 'zorgen' echter – zoals ook Rummelink betoogt<sup>85</sup> – communiceert met ouderschap en niet met strafbaarheid, is de tegen de zorgvormgeving aangevoerde bedenking die is gebaseerd op de gedachte dat met de enkele zorgschending onmiddellijk sprake zou zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid, wegens die onjuiste onderbouwing, onterecht. Daarbij komt dat een wettelijke redactie met het woord 'aansprakelijkheid' in het strafrecht niet erg wenselijk is en bovendien onnodig is omdat zorgen ziet op het ouderschap en niet op de overkoepelende aansprakelijkheid. Voor een dergelijke vormgeving is terecht daarom dan ook uiteindelijk niet gekozen. Tegen die achtergrond moet, zoals gezegd, ook de disculpatieregeling van art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud) worden gelezen. Die regeling sloot niet de gehele strafbaarheid uit maar zou hooguit kunnen worden opgevat als een soort ouderschapsuitsluitingsgrond. Het betrof immers, zoals in het bovenstaande reeds ter sprake kwam, nadrukkelijk geen *fait d'excuse*, *fait justificatif* of strafuitsluitingsgrond. In de disculpatieregeling wordt invulling gegeven aan de zorggedraging (zie daarover nader paragraaf 6.3). De zojuist omschreven andere (mijns inziens onjuiste) lezing dient ter illustratie van de bespreking van de kwestie of de zorggedraging de deur openzet naar wat zou kunnen worden genoemd: risico-ouderschap.

In bepaalde gevallen hoeft met vormen van risicoverdeling in het strafrecht niets mis te zijn. Risico-ouderschap is bijvoorbeeld al minder verstrekkend dan risico-

<sup>83</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 166.

<sup>84</sup> *Handelingen I*, 1911/12, p. 16 e.v.

<sup>85</sup> J. Rummelink, 'Artikel 51 Wetboek van strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1963, p. 119-144, zie p. 141: "De zorgplicht ressorteert onder het ouderschap."

aansprakelijkheid<sup>86</sup> en zelfs die laatste variant kan aanvaardbaar worden gevonden (althans niet onverenigbaar met de onschuldpresumptie van art. 6 EVRM) zoals bijvoorbeeld in het kader van de verkeersrechtelijke kentekenaansprakelijkheid het geval is.<sup>87</sup> Aan de hand van de kentekenaansprakelijkheid kan het onderscheid tussen risico-daderschap en risico-aansprakelijkheid worden verduidelijkt. Indien onder het kenteken van de geadresseerde een verkeersovertreding wordt begaan, wordt de vraag naar het daderschap van de geadresseerde overgeslagen en is de kentekenhouder in beginsel meteen vatbaar voor sanctienering (art. 5 juncto 8 WAHV).<sup>88</sup> Problematisch is daarin dat de overtredingen ook voor rekening van de kentekenhouder komen als hij niet de bestuurder was, met de gedragingen onder zijn kenteken feitelijk en fysiek niets van doen had en in gebreke blijft met het aanduiden van de daadwerkelijke bestuurder. De kentekenhouder is daardoor bijna zonder meer niet slechts dader, maar ook strafrechtelijk aansprakelijk. Dat laatste is bij zorgplichtbepalingen niet het geval. De kentekenaansprakelijkheid is daarom van een ander kaliber. De strafbare gedragingen waar het bij die risico-aansprakelijkheid om gaat, zijn daarenboven bepaald duidelijk: verkeersdelicten. De gedragingen die de strafwetgever heeft geboden, laten aan helderheid niets te wensen over: 's avonds licht voeren, op aangewezen plaatsen voorrang verlenen, aan de toegestane snelheid houden, rechts rijden et cetera. Zodoende speelt bij de kentekenaansprakelijkheid een andere rechtsstatelijke kwestie dan in voorliggend onderzoek bij zorgplichtbepalingen aan de orde wordt gesteld. In de bepalingen zelf (art. 5 en 8 WAHV) staat geen delictsgedraging opgenomen waardoor, hoe onwenselijk de regeling rechtsstatelijk theoretisch ook wellicht mag worden gevonden, de daderschapsproblematiek niet aan de orde is.

Discussies over de kentekenaansprakelijkheid staan in het teken van de onschuldpresumptie en niet in het teken van de verruiming van daderschap. Het rechtsstatelijke probleem van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin lijkt bovendien niet louter in het risico-aspect voor de geadresseerde te zitten maar voort te vloeien uit de combinatie van die risicobenadering van het daderschap met daarenboven een positief geformuleerde gedraging die niet-specifiek is omschreven. Dat gegeven maakt zorgplichtbepalingen in enge zin echter weer wel een aantal malen bedenkelijker dan bijvoorbeeld voornoemde risico-aansprakelijkheid voor kentekenhouders. Het antwoord op de j-vraag is daarmee wel duidelijk geworden. Risico-daderschap en risico-aansprakelijkheid zijn twee te onderscheiden grootheden.

<sup>86</sup> Een betere term zou, in het licht van het daarover in hoofdstuk 3 betoogde, 'risico-strafbaarheid' zijn maar 'risico-aansprakelijkheid' is herkenbaarder.

<sup>87</sup> Waarover J.B.H.M. Simmelink, 'Kentekenaansprakelijkheid: risico of vermoeden van schuld?', *VerkeersRecht*, 2007-3, p. 65-69, met name p. 68.

<sup>88</sup> De kentekenaansprakelijkheid-regeling is niet onverenigbaar met de onschuldpresumptie van art. 6 EVRM, Europees Hof voor de Rechten van de Mens 19 oktober 2004, 66273/01 Falk tegen Nederland.

### **6.2.11 Tussenstand**

Oorspronkelijk heeft begin twintigste eeuw een aantal verschillende, bijzondere strafwetgevers een gericht idee gehad bij de inhoud van het gebruik van het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. Een in vergelijkbare mate gericht idee klonk in de ontstaansgeschiedenis van latere, recentere wetten echter niet meer door. Tegelijkertijd zijn de laatste paar decennia in de praktijk, gezien de afwezige jurisprudentie, de hier onderzochte wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin vrijwel niet toegepast. Ook in de literatuur bestaat niet bijzonder veel belangstelling voor het materieelrechtelijke functioneren van deze bepalingen. Deze inhoudelijke radiostilte verhoudt zich lastig tot de herhaaldelijk gesignaleerde heropleving van zorgplichtbepalingen in wetten van recenter datum. Teneinde het hiaat te vullen, moest voor de betekenis van het werkwoord 'zorgen' voor ouderschap, worden teruggevallen op de oudere toelichtingen van bijzondere wetten en eventueel daarop gevolgde jurisprudentie. Incidenteel konden uitwerkingen van het zorgen als gedragsbestanddeel eveneens in oudere juridische literatuur en rechtspraak worden gevonden.

Het beeld dat aan de hand van de weinige aanwijzingen uit de wetsgeschiedenis van hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin ontstaat, lijkt te wijzen op een vrij directe vorm van ouderschap te wijzen waarin zorgplichtbepalingen beter kunnen worden opgevat als een vorm van 'garantie-bepalingen'. De zorggedraging behelst mogelijk een soort 'risico-ouderschap'. Dat beeld werd bevestigd in de spaarzame juridische literatuur en oudere jurisprudentie. De slotsom is dat de ouderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin moet worden geduid als 'risico-ouderschap' omdat voor het ontstaan van het betreffende ouderschap geen gedraging in traditionele zin, zijnde een complex van doen en/of laten, benodigd is. De geadresseerde tot wie de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is gericht, is verplicht te zorgen voor een door de wetgever gewenste toestand. De geadresseerde heeft die toestand te garanderen of te verzekeren. Het enkele intreden van een andere toestand dan die door de wetgever werd verlangd, levert strafrechtelijk ouderschap van de geadresseerde op. Over de strafbaarheid van de geadresseerde is daarmee in een concrete zaak echter het laatste woord nog niet gesproken.

### **6.3 Bijzondere kwesties bij een bijzondere constructie**

Twee bijzondere materieelrechtelijke kwesties vragen erom te worden besproken. Het betreft de mate van zorgen (paragraaf 6.3.1) en corporatief ouderschap (paragraaf 6.3.2). Ten aanzien van de eerste kwestie zijn vragen opgekomen met betrekking tot het bereik van de zorggedraging en de positie die daarbinnen voor bepaalde op het 'zorgen' gerichte verweren is weggelegd. Voor wat betreft het ouderschap van rechtspersonen is het van belang stil te staan bij de wijze waarop de heersende ouderschapsconstructie is vormgegeven en de mogelijke invloed daarop van het afwijkende ouderschap bij zorgplichtbepalingen.



### 6.3.1 Mate van zorgen

Gaandeweg hoofdstuk 5 zijn kwesties gerezen die betrekking hadden op de hoeveelheid zorg die door de wetgever wordt verlangd en op de onderlinge verhouding van de verschillende zorggedragingen ten opzichte van elkaar. Deze vragen worden beantwoord aan de hand van de wijze waarop in de bepalingen zelf een poging is gedaan aan de zorggedraging invulling te geven. Dat is op twee verschillende manieren gebeurd. Er zijn wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin waarin de zorggedraging is ingekleurd met behulp van termen als 'voldoende,' 'naar vermogen' en 'zoveel mogelijk' (paragraaf 6.3.1.1). De vraag is wat die termen impliceren voor de hoeveelheid verlangde zorg. Daarnaast bestaan zorgplichtbepalingen die worden vergezeld door een disculpatieregeling die de zorggedraging inkleurt (paragraaf 6.3.1.2). Onder meer is van belang de vraag te beantwoorden in hoeverre de in disculpatieregelingen zichtbare uitwerking van het zorgen onverkort geldt ten aanzien van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen *zonder* disculpatieregeling. Daarbij is niet onbelangrijk dat wordt stilgestaan bij de verhouding tussen de 'disculpatieregelingen' enerzijds en de 'door de wetgever ongewenste situatie' anderzijds. Uiteindelijk zal worden gezien welke mate van zorgen van de geadresseerde wordt verlangd om daderschap te kunnen vermijden (paragraaf 6.3.1.3).

#### 6.3.1.1 Inkleuring van 'zorgen' in zorgplichtbepaling zelf

Als de zorggedraging wordt voorafgegaan door een bijvoeglijk naamwoord dat dat zorgbestanddeel lijkt in te kleuren, is de door de wetgever verlangde zorg dan een andere dan in gevallen waarin een vergelijkbaar adjectief ontbreekt? De in hoofdstuk 5 besproken bepalingen waarin het zorgen in de bepaling zelf wordt ingekleurd, zijn art. 425 onder 2 Sr ('geen voldoende zorg dragen'), art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden ('voldoende zorg in acht nemen'), art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica ('zoveel mogelijk zorg in acht nemen') en art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 ('voldoende zorg in acht nemen'). Die bepalingen staan in het onderstaande eerst centraal. Daarna zijn twee bepalingen aan de orde waarin het zorgen werd gekoppeld aan een bepaald 'vermogen' van de geadresseerde (art. 1a lid 2 Woningwet en art. 11 Arbowet).

#### *Voldoende zorg en zoveel mogelijk zorg*

Ten aanzien van de bijvoeglijk naamwoorden 'voldoende' en 'zoveel mogelijk' doen zich twee opties voor: óf ze zijn nietszeggend en voegen niets toe aan de zorggedraging óf ze geven kleur aan de betreffende zorggedraging en zorgen daardoor voor onderscheid binnen de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. De vraag is welke van de twee mogelijkheden moet worden gevolgd.

In hoofdstuk 5 werd duidelijk dat over de werking van het adjectief 'voldoende' in de wetsgeschiedenis niets is opgemerkt. In paragraaf 5.3.2.2 werd ten aanzien van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden gesteld dat naar aanleiding van een terloopse opmerking in de wetsgeschiedenis, met 'voldoende

zorg' ook misschien wel 'zoveel mogelijk zorg' zou kunnen zijn bedoeld. Die constatering kan slechts met de nodige slagen om de arm worden gedaan omdat de betreffende wetsgeschiedenis is toegeschreven op een voorganger van art. 18 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden en die voorganger was op essentiële onderdelen anders, hetgeen de minister toentertijd lijkt te zijn ontgaan. Desondanks biedt het een zachte aanwijzing dat 'voldoende zorg' en 'zoveel mogelijk zorg' op één lijn kunnen worden gesteld. Of tussen beide termen inderdaad geen verschillen bestaan, is aan de orde geweest in het kader van een vergelijking van art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica, art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 en (het niet-strafrechtelijke) art. 1.1a Wet milieubeheer.

In paragraaf 5.3.2.8.3 zijn art. 3 lid 1 Wet bescherming Antarctica en art. 19L lid 1 Natuurbeschermingswet 1998 gezamenlijk op dit onderdeel bestudeerd en besproken. De conclusie daarvan was dat de keuze voor 'voldoende' respectievelijk 'zoveel mogelijk' zorgen niet gepaard ging met een bijzondere gedachte over dat onderscheid. De verschillende wetgevers hebben over en weer gespiekt en waren daarin niet bijzonder nauwkeurig. Uit de vergelijking in voornoemde paragraaf volgde dat de termen onderling uitwisselbaar zijn. Eveneens kon uit de bijbehorende totstandkomingsgeschiedenissen voorzichtig worden geconcludeerd dat de bedoelde bijvoeglijke naamwoorden in wezen niet van toegevoegde waarde zijn. Niet in de laatste plaats omdat onduidelijk is of het adjectief 'voldoende' nu strenger of soepeler zou moeten worden gehanteerd ten opzichte van bepalingen waarin het ontbreekt. Naast deze inhoudelijke onduidelijkheid wordt het idee dat de bijvoeglijke naamwoorden de zorggedraging niet afwijkender maken dan de gedraging al was, nog sterker gevoed door de totale afwezigheid van een toelichting op de keuze voor 'voldoende' en 'zoveel mogelijk'.

Het kan ook worden omgekeerd. Stel nu, dat de term voldoende wél van betekenis voor de zorggedraging zou zijn, om welke betekenis zou het dan gaan? Wat is het verschil tussen voldoende zorg, alle zorg en zorgen sec? Is het niet zo dat bij alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, steeds moet worden gezorgd voor een bepaalde door de wetgever gewenste situatie? En is het ook niet zo dat de geadresseerde daarin óf succesvol is, óf niet? Juist die zwart-wit benadering die ten grondslag ligt aan het risico-daderschap bij zorgplichtbepalingen (zie paragraaf 6.2), maakt dat er helemaal geen ruimte is voor een tussenvorm van zorgen. Ook indien een 'voldoende zorg dragen' wordt verlangd, zal nog steeds dezelfde zorg moeten worden betracht als in bepalingen waarin de zorggedraging niet is ingekleurd, namelijk de zorg voor een bepaalde door de wetgever gewenste situatie.

Die gedachte kwam indirect aan de orde in het kader van de wetsgeschiedenis van art. 8 Arbowet en de betekenis van 'doeltreffend' (paragraaf 5.3.3.1.3). Zou nu, in gevallen dat de zorggedraging niet is ingekleurd, de geadresseerde kunnen volstaan met een Jantje-van-Leiden-houding omdat die houding alleen wordt verworpen in geval er wel 'voldoende' of 'zoveel mogelijk' aan de zorggedraging was toegevoegd? Dat zou in het licht van de voorgaande alinea's bepaald onlo-

gisch zijn: de geadresseerde heeft zich tot het uiterste (i.e. tot en met de gewenste situatie) in te spannen. Daarom is de betekenis van bijvoeglijk naamwoorden die specifiek betrekking hebben op het zorgen nihil; althans betekenisloos ten opzichte van de zorggedraging. De termen zijn eraan toegevoegd door wetgevers die daarmee geen bedoeling hadden. Het was ze om het even. In die paar gevallen dat de termen wel zijn opgenomen, hadden ze er evengoed niet kunnen staan.

Voorgaande lezing wordt indirect tevens onderstreept door één van de weinige door de Hoge Raad gewezen arresten waarin een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is geschonden.<sup>89</sup> De zaak is besproken in paragraaf 5.3.3.1.3 en had betrekking op een voorloper van art. 8 Arbowet, namelijk het toenmalige art. 6 lid 1 Arbowet (oud). In die zorgplichtbepaling was het 'zorgen' niet voorafgegaan door de term 'voldoende', zodat geen sprake was van een ingekleurde zorggedraging. Opvallend was echter dat in de tenlastelegging tussen haakjes het adjectief 'voldoende' tóch terugkwam. Het eerste deel van de tenlastelegging luidde dat *"zij, op of omstreeks 18 oktober 1999 te Amsterdam, als werkgever van [betrokkene], toen deze (als steigerbouwer) arbeid verrichtte aan/met een rolsteiger op de Houtmankade, er niet (voldoende) voor heeft zorg gedragen dat [...]"*<sup>90</sup> De toevoeging van '(voldoende)' was in het geheel niet nodig, maar lijkt voor de zekerheid te zijn opgenomen. In de betreffende zaak stond de tenlastelegging centraal in verband met een andere kwestie dan de term 'voldoende'. Het kan daardoor niet anders zijn dan dat de betreffende tenlastelegging uitvoerig is bestudeerd. Niemand is er evenwel in cassatie over gestruikeld. Aan het eerste deel van de tenlastelegging kwam mede feitelijke betekenis toe. Het blijft helaas onduidelijk hoe de bewezenverklaring van het betreffende feit er heeft uitgezien zodat niet kan worden achterhaald of het tussen haakjes geplaatste 'voldoende' al dan niet heeft standgehouden. Wel kan worden gezegd dat Hof en Hoge Raad van dat punt van de tenlastelegging geen probleem hebben gemaakt en ook kan worden gezegd dat in ieder geval in de ogen van de het Openbaar Ministerie bepalingen waarin wel of geen 'voldoende' is opgenomen, voor wat de zorggedraging betreft, uitwisselbaar zijn. Van een inkleuring van het verlangde zorgen lijkt daarom, mede gezien voorgaand arrest, geen sprake.

Eén van de andere zorgplichtbepalingen waarin de zorggedraging is ingekleurd, betreft art. 425 onder 2 Sr. Wat zou het gevolg zijn als in art. 425 onder 2 Sr was strafbaar gesteld het, sec 'niet zorgen' voor het onschadelijk houden van een gevaarlijk dier, dus zonder gebruik van het woord 'voldoende' maar met nog gewoon de zorggedraging? De dagvaarding zou daardoor niet nietig zijn en de tenlastelegging niet onbewijsbaar. In de wetsgeschiedenis bij de betreffende bepaling is over de inhoud van de term 'voldoende' niets gezegd. De situatie van een niet onschadelijk gehouden gevaarlijk dier, levert zonder meer daderschap op van de geadresseerde. Zou de redactie met behulp van de term voldoende als

<sup>89</sup> Hoge Raad 9 september 2003, LJN AF8565.

<sup>90</sup> Idem.

consequentie hebben dat apart moet worden bewezen dat ‘onvoldoende’ is gezorgd? Daar lijkt het niet op. Dat de geadresseerde is tekortgeschoten in de zorgplicht uit wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, kan worden aangetoond door te wijzen op de door de wetgever ongewenste situatie die zich heeft voorgedaan of nog voordoet. In de paar uitspraken over art. 425 onder 2 Sr die zijn gepubliceerd, bleek niet dat aan de benaming ‘voldoende’ apart aandacht werd besteed (paragraaf 5.2.1). Ook dat voedt de gedachte dat de term ‘voldoende’ in zorgplichtbepalingen is toegevoegd om mooi te zijn en niet om haar inhoud.

Ten aanzien van art. 425 onder 2 Sr is aldus gebleken dat de wetgever er niet over heeft uitgewijd. Ook daar lijkt het bijvoeglijk naamwoord *voldoende* zich niet te kunnen onderscheiden van gevallen waarin de term niet is opgenomen. In het strafrechtelijke commentaar op het Wetboek van Strafrecht van Noyon-Langemeijer-Remmelink is door Machielse een korte opmerking gemaakt over art. 425 onder 2 Sr. Zoals bekend, gaat het in dat onderdeel van art. 425 Sr om de geadresseerde die onvoldoende zorgt voor het onschadelijk houden van een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier. Het onderdeel wordt in het commentaar *“een zeer strenge bepaling”* genoemd omdat *“het enkele feit dat het dier niet onschadelijk is gehouden, d.i. in zodanige toestand is dat het schade kan aanrichten, bewijst dat de eventueel aangewende zorg niet voldoende was”*.<sup>91</sup> Het enkele intreden van de toestand waarvoor de geadresseerde moest zorgen dat die niet zou intreden, bewijst ook volgens het commentaar dat de aangewende zorg geen voldoende zorg was. De commentator baseert zich onder meer op het hierboven (paragraaf 6.2.8) al besproken arrest van de Hoge Raad uit 1975 over de disculpatieregeling uit art. 76 Arbeidswet 1919 (oud).<sup>92</sup>

Uit het gegeven dat in het commentaar voornoemd arrest wordt aangehaald, kan een aantal dingen worden afgeleid. Ten eerste stond in de betreffende uitspraak een zorggedraging zonder meer (dat wil zeggen zonder adjectief) centraal. Blijkbaar vormt voor de commentator de aanwezigheid van de term ‘voldoende’ in art. 425 onder 2 Sr geen belemmering om de betreffende zorggedragingen gelijk te stellen. Daarmee wordt voorzichtig opnieuw bevestigd dat een dergelijke inkleuring er slechts is voor de sier. Ten tweede wordt de bijzondere werking van de zorggedraging voor het ouderschap, zoals die in paragraaf 6.2 is onderzocht, bevestigd. Die bevestiging gaat helaas niet verder dan de constatering ervan. Een nadere uitwerking van de bijzondere ouderschapsconstructie is achterwege gebleven. Ten derde is het van belang dat ook volgens het commentaar de zorggedraging uit de disculpatieregeling van de Arbeidswet 1919 kennelijk dezelfde betekenis toekomt als de zorggedraging in art. 425 onder 2 Sr. Dat is een belangrijke constatering omdat art. 425 onder 2 Sr een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin is *zonder* disculpatieregeling. Dat is relevant voor de beantwoording van de vraag (in paragraaf 6.3.2.1) in welke mate disculpatierege-

---

<sup>91</sup> A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht. Noyon-Langemeijer-Remmelink*, Deventer: Kluwer (losbl.), aantekening 2 bij art. 425 Sr.

<sup>92</sup> Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976.

lingen ook van invloed zijn op zorgplichtbepalingen zonder een dergelijke regeling.

Naast dat aldus ten aanzien van de zorggedraging een aantal zachte aanwijzingen wordt gevonden in het commentaar op art. 425 onder 2 Sr, wordt daarin tevens kort stilgestaan bij de mogelijke betekenis van het daaraan voorafgaande bijvoeglijk naamwoord 'voldoende'. Ten aanzien van de term 'voldoende' staat in het commentaar de volgende zin: *"Daar echter omstandigheden die niet te voorzien waren de hoeder niet toegerekend kunnen worden, zal onder voldoende zorg wel te verstaan zijn de zorg die van zijn standpunt als voldoende aangemerkt mag worden"*.<sup>93</sup> De onderbouwing in het commentaar dat, zo mag worden herhaald, één van de zeldzame bijdragen aan de materieel rechtelijke werking van het daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin behelst, brengt helaas de lezer ten aanzien van de positie van het adjectief 'voldoende', niet veel verder. Daarbij spelen twee punten een rol. Ten eerste de onderbouwing. Er wordt slechts verwezen naar de werking van de (geheel andere) verplichting tot het terughouden van een dier uit onderdeel 1 van art. 425 Sr. In de bijbehorende voetnoot wordt namelijk door de commentator opgemerkt *"De verplichting tot terughouden van een dier dat een mens aanvalt vangt aan zodra de aanval zich openbaart en duurt voort totdat het gevaar voor voortzetting of herhaling is geweken: HR 23 juni 1987, NJ 1988, 322"*.<sup>94</sup> Logischerwijs betreft het hier een verplichting van een totaal andere orde die niet zo eenvoudig op één lijn kan worden gesteld met de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin uit onderdeel 2 van art. 425 Sr. De genoemde verplichting is immers letterlijk juist die van het eerste onderdeel van art. 425 Sr (terughouden van een dier) en het is voor de zorgplichtbepaling in onderdeel 2, laat staan voor de betekenis van de term 'voldoende', niet van belang wanneer de verplichting uit onderdeel 1 aanvangt. Het zijn namelijk twee aparte bepalingen. Het tweede punt dat in het kader van de benadering in het commentaar van de term 'voldoende' moet worden besproken, betreft de daarin gedane suggestie ten aanzien van wat als 'voldoende zorg' aangemerkt mag worden. Volgens het commentaar 'zal wel onder voldoende zorg te verstaan zijn de zorg die vanuit het standpunt van de geadresseerde als voldoende aangemerkt mag worden'. In het voorgaande werd zojuist al aangehaald dat volgens de commentator daarvoor redengevend is dat omstandigheden die niet te voorzien waren aan de geadresseerde niet kunnen worden toegerekend. Die insteek verhoudt zich echter niet goed tot hetgeen elders is geconstateerd. Was het hierboven (paragraaf 6.2) niet R Emmelink die concludeerde dat gezien eerdere jurisprudentie en parlementaire geschiedenis de Hoge Raad respectievelijk de wetgever *"zich op het standpunt van de (zij het gepreassumeerde) objectieve zorgplicht hebben gesteld, en dat mitsdien de enkele omstandigheid, dat een wederwettelijke situatie wordt aangetroffen in het bedrijf van de betreffende*

<sup>93</sup> A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht. Noyon-Langemeijer-Remmelink*, Deventer: Kluwer (losbl.), aantekening 2 bij art. 425 Sr.

<sup>94</sup> Idem.

*‘ondernemer/bestuurder’ (tot het leveren van tegenbewijs) impliceert, dat de zorgplicht (blijkbaar) niet is nagekomen”.*<sup>95</sup> Bij de bovengenoemde, aan de opmerking over wat onder voldoende zou moeten worden begrepen voorafgaande, invulling van de zorggedraging van art. 425 onder 2 Sr sloot de commentator juist specifiek bij dat arrest aan en ook op andere plaatsen kwam in dit onderzoek al naar voren dat de persoonlijke inschatting van de geadresseerde geen gewicht in de schaal legt bij de eerste beoordeling van het zorgen. Dat omstandigheden die voor de specifieke geadresseerde vanuit zijn standpunt niet voorzienbaar waren hem niet kunnen worden toegerekend, is irrelevant voor de zorggedraging en het bijbehorende ouderschap. In die zorggedraging schiet de geadresseerde simpelweg, afhankelijk van het zich voordoen van de door de wetgever ongewenste situatie, objectief wel of objectief niet tekort. De vraag rijst vervolgens toch of, en zo ja waar, die persoonlijke, subjectieve eigenschappen van de geadresseerde dan eventueel alsnog een rol spelen. Daarop wordt in paragraaf 6.3.1.2 teruggekomen.

Kort gezegd, is de slotsom dat er geen reden is te veronderstellen dat zorgbestanddelen die worden vergezeld door ‘voldoende’ en ‘zoveel mogelijk,’ voor de wetgever bijzonderder zouden zijn dan de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin waarin dergelijke bijvoeglijk naamwoorden niet staan opgenomen. Het gevolg daarvan is dat de bepalingen als juridische synoniemen onderling uitwisselbaar zijn. Met zowel ‘voldoende’ als ‘zoveel mogelijk’ wordt bedoeld: alles wat nodig is de ongewenste situatie te voorkomen. Dat is dezelfde betekenis die aan ‘zorgen’ sec, zonder meer, toekomt.

#### *Zorggedraging beperkt tot ‘vermogens’ van geadresseerde?*

De inkleuring van het zorgen in zorgplichtbepalingen lijkt ook op andere wijze plaats te vinden. In sommige zorgplichtbepalingen is de zorggedraging in het wetsartikel afgestemd op de vermogens van de geadresseerde. In art. 1a lid 2 Woningwet (paragraaf 5.3.2.5) staat: ‘draagt er, voor zover dat in diens vermogen ligt, zorg voor’. Met het bestanddeel ‘voor zover dat in diens vermogen ligt’ wordt door de wetgever bedoeld *“op de hoedanigheid en de feitelijke en juridische bevoegdheden waarmee een persoon in relatie staat tot een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein”*.<sup>96</sup> Dat wil zeggen dat het hier *niet* gaat om individuele persoonsgebonden capaciteiten van de geadresseerde maar om zijn feitelijke en juridische mogelijkheden. Zoals in paragraaf 5.3.2.5 is gesteld, zou de conclusie dat met het betreffende bestanddeel ‘voor zover dat in diens vermogen ligt’ de zorggedraging wordt beperkt of gepreciseerd, niet de juiste zijn. Het beperkt niet de mate van verlangde zorg en het beperkt evenmin de door de wetgever gewenste situatie waarvoor de geadresseerde moet zorgen. Van belang is slechts dat de geadresseerde daarvoor alleen hoeft te zorgen voor zover hij feitelijk in staat, en juridisch bevoegd, is de verlangde zorg te dragen. Daarmee wordt slechts de groep (rechts)personen tot wie de bepaling zich richt, verkleind.

<sup>95</sup> A-G Remmelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (laatste alinea).

<sup>96</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 27.

De tweede wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin waarin ogenschijnlijk de inhoud van de zorggedraging afhankelijk zou zijn gesteld van de vermogens van de geadresseerde, is art. 11 Arbowet (paragraaf 5.3.3.1.4). Ingevolge die bepaling moet de geadresseerde 'naar vermogen zorg dragen'. De wetgever heeft in 2006, zo bleek in hoofdstuk 5, geprobeerd een betere afstemming van art. 11 Arbowet met de bovengelegen Europese richtlijn te realiseren. Het succes daarvan zal na een vergelijking met andere taalversies moeten worden betwijfeld. De letterlijk opgevatte zorggedraging in de Engelstalige lidstaten lijkt namelijk verder te reiken: 'to take care *as far as possible*' in plaats van het Nederlandse 'zorg dragen *naar vermogen*'. In de wetsgeschiedenis van art. 11 Arbowet staat geen toelichting op de betekenis van het 'naar vermogen' zorg dragen. Maar had daarin niet moeten staan 'zoveel mogelijk zorg dragen'? Dat zou beter hebben aangesloten bij zowel de Engelse taalversie als bij een reeds bestaande nationale zorgplichtbepaling, namelijk art. 3 Wet bescherming Antarctica.<sup>97</sup> Het is aanneemelijk dat voor de betekenis aansluiting moet worden gezocht bij art. 3 Wet bescherming Antarctica dat veel meer in lijn is met voornoemde Engelse versie. Dat zou, bij het ontbreken van nadere toelichtingen door de wetgever inhouden dat het 'zorgen naar vermogen' dezelfde betekenis toekomt als het 'zoveel mogelijk zorgen'. De consequentie van het hebben van dezelfde betekenis als het zorgen uit de bepaling uit de Wet bescherming Antarctica, is vervolgens dat die inkleuring niets toevoegt aan de zorggedraging. Dat is immers wat in het bovenstaande werd vastgesteld ten aanzien van het middels 'zoveel mogelijk' en 'voldoende' inkleuren van de zorggedraging.

Wat leren in een notendop de twee zojuist besproken bepalingen? Op de vermogens van de geadresseerde wordt zeer incidenteel in een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin de nadruk gelegd. De twee keren dat het aan de orde is in de in onderhavig onderzoek besproken bepalingen, heeft het in het ene geval betrekking op de juridische capaciteiten van de geadresseerde en betreft het in het andere geval een synoniem van andere bijvoeglijk naamwoorden als 'voldoende' en 'zoveel mogelijk'. De consequentie daarvan is dat beide bepalingen geen anders functionerende zorggedraging hebben. Ook hier is de zorggedraging weer gelijk aan alle andere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin waarin dergelijke nadere termen niet zijn gehanteerd.

*Vergt de met adjectieven ingekleurde zorggedraging 'meer' bewijs?*

'Voldoende zorgen' en 'zorgen sec' mogen materieelrechtelijk gezien voor het ouderschap misschien wel hetzelfde betekenen, namelijk dat de enkele door de wetgever ongewenste situatie in beginsel toereikend is voor het strafrechtelijk ouderschap, maar op bewijsrechtelijk gebied is hierover misschien meer te melden. Het idee zou kunnen bestaan dat er een verschil is ten aanzien van hetgeen

---

<sup>97</sup> Een ieder neemt in het Antarctisch gebied zo veel mogelijk zorg voor het Antarctisch milieu in acht.

moet worden bewezen. Indien in de tenlastelegging staat dat de verdachte 'niet voldoende heeft gezorgd', dan zou men misschien kunnen denken dat apart moet worden bewezen dat de zorggedraging onvoldoende is geweest. Daarin zou dan een afwijking zitten ten opzichte van bepalingen met de zorggedraging zonder meer (dus zonder inkleuring) als bestanddeel. Het is de vraag of inderdaad het adjectief 'voldoende' tot gevolg heeft dat de bewijsvraag meer omvattend is. In het bovenstaande werd al duidelijk dat ten aanzien van 'voldoende zorgen' en 'zoveel mogelijk zorgen' enerzijds en 'zorgen zonder meer' anderzijds, door de wetgever niet is blijk gegeven van beoogde verschillen tussen de twee vormen. De ingekleurde zorggedragingen moeten worden gelezen conform iedere andere zorgplichtbepaling in enge zin, dus als 'toereikende' zorg. De zorg moet altijd, bij alle zorgplichtbepalingen in enge zin, *toereikend* zijn geweest voor het bereiken en in stand houden van de door de wetgever verlangde situatie. De wetgever verlangt immers van de geadresseerde *alle* zorg die nodig is voor de gewenste, in de wetsbepaling omschreven, gebeurtenis (paragraaf 6.2). Het criterium om te beoordelen of de zorg in het concrete geval toereikend was, is de ongewenste situatie. De ongewenste situatie is het criterium; de toetssteen. Doet de ongewenste situatie zich voor, dan is niet gezorgd. Doet die zich niet voor, dan heeft de geadresseerde wel gezorgd.<sup>98</sup> Dat geen sprake is van (voldoende) zorgen, zal blijken uit de bewezenverklaring van de situatie. Dat de rechter de door de wetgever ongewenste situatie constateert en bewijst, heeft als directe consequentie dat het bewijs van 'niet zorgen' daarmee is geleverd.

### *Tussenstand*

Dat in het ene geval wel een (ogenschijnlijke) inkleuring van 'zorgen' in de wetsbepaling is opgenomen en in het andere niet, houdt niet in dat het zorgen tussen de verschillende bepalingen onderling, anders moet worden ingevuld. De termen 'voldoende' en 'zoveel mogelijk' zijn in een paar bepalingen opgenomen maar vervullen daar slechts een decoratieve rol. De keuze voor de termen in de wet is namelijk door de wetgever niet onderbouwd en daarnaast laat letterlijke lezing ervan ruimte voor tegenstrijdige interpretaties. De slotsom moet daarom zijn dat de betreffende adjectieven, die in slechts vier van de onderzochte zorgplichtbepalingen voorkomen, de zorggedraging niet anders maken en daarop dus van geen invloed zijn. De betreffende delicten functioneren, wat het 'zorgen' betreft, ten gevolge van de bijvoeglijke naamwoorden niet anders dan zorgplichtbepalingen waarin het 'zorgen' niet vooraf wordt gegaan door termen als 'voldoende' en 'zoveel mogelijk'. Deze componenten (voldoende, zoveel mogelijk) voegen dus ook geen strafrechtelijke aansprakelijkheidselementen toe aan (de eisen voor) het strafrechtelijk daderschap bij dit soort wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepa-

---

<sup>98</sup> Ook al lag de feitelijke uitvoering bij een andere geadresseerde en heeft de ene geadresseerde niet omgekeken naar de situatie, dan nog geldt dat beide geadresseerden hebben gezorgd. Het gaat bij de beoordeling van de zorggedraging immers om de toestand of situatie en niet om één of andere gedraging (zijnde een complex van doen en/of laten).



lingen in enge zin. Van inkleuring van de zorggedraging is aldus geen sprake. De vraag is nu, of dat anders is bij disculpatieregelingen: kleuren disculpatieregelingen de zorggedraging?

### 6.3.1.2 Disculpatieregelingen in relatie tot zorgplichtbepalingen en afwezigheid van alle schuld

In paragraaf 6.2 is duidelijk gemaakt dat de zorggedraging wordt ingevuld aan de hand van een door de wetgever 'ongewenste situatie' en een 'disculpatieregeling'. In de inleiding van 6.3.1 is aangegeven dat voor de bespreking van de 'mate van zorg' zou worden onderscheiden tussen bepalingen waarin het 'zorgen' wordt vergezeld door een adjectief als 'voldoende' enerzijds en disculpatieregelingen anderzijds. De positionering van de bijvoeglijke naamwoorden was zojuist in paragraaf 6.3.1.1 aan de orde. In voorliggende paragraaf 6.3.1.2 staan disculpatieregelingen centraal en wordt toegespitst op de verhouding tot de 'ongewenste situatie' en één van de 'afwezigheid van alle schuld'-verweren.

In het bovenstaande kwam voorts naar voren dat lang niet alle zorgplichtbepalingen zijn vergezeld (gegaan) door disculpatieregelingen elders – deels los van de materiële norm<sup>99</sup> – in de bijzondere wet. Een belangrijke vraag die ten aanzien van disculpatieregelingen rijst, is of de inhoud van het gedragsbestanddeel 'zorgen' die uit de disculpatieregelingen wordt afgeleid, onverkort geldt voor alle zorgplichtbepalingen die staan opgenomen in een bijzondere wet waarin niet een dergelijke regeling is opgenomen. Een evenzeer belangrijke vraag is wat de disculpatieregelingen nu werkelijk betekenen voor het bijzondere daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Daarbij is met name de relatie tot de 'ongewenste situatie' en één van de 'afwezigheid van alle schuld'-verweren van belang.

#### 6.3.1.2.1 Werking en positionering van disculpatieregelingen

Het gegeven dat niet iedereen even enthousiast was over de invoering van een disculpatieregeling mag niet onvermeld blijven. Gezegd werd: *“Wanneer eenmaal de verplichting om te zorgen voor het bestaan van bepaalde feiten en het in acht nemen van wettelijke bepalingen in een bedrijf is opgelegd aan het hoofd der onderneming [...] zie ik niet de minste reden, waarom niet aan den rechter kan worden overgelaten om in elk speciaal geval te oordelen of en in hoeverre aan de wettelijke verplichting is voldaan”*.<sup>100</sup> Het tweede lid van het voorgestelde art. 11ter Arbeidswet 1911 (oud), dat later art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud), vervolgens art. 16 Arbeidswet 1911 (oud) en daarna art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) werd, kon in de ogen van de spreker achterwege blijven. Het oordeel zou dus volgens sommigen aan de rechter moeten worden gelaten. Daarmee waren slechts weinigen het eens, zodat een amendement tot schrapping van de betreffende dis-

<sup>99</sup> Althans niet zo direct aan de delictuele zorggedraging gebonden als de adjectieven 'voldoende' en 'zoveel mogelijk'.

<sup>100</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1936.

culpatiebepaling werd verworpen.<sup>101</sup> Het resultaat is bekend. In verschillende bijzondere wetten (waarvan in hoofdstuk 5 de successievelijke Arbeidswetten, de Veiligheidswet 1934 en de Wet goederenvervoer over de weg voorbij kwamen) werden vervolgens nog meer disculpatieregelingen opgenomen die waren gemodelleerd naar de oorspronkelijke regeling uit de Arbeidswet. De vraag is eerst welk bereik deze oorspronkelijke en overkoepelende bepaling kan worden toegedicht. Daarna zal worden gezien wat daarvan tegenwoordig is overgebleven.

*Geldt moeder-bepaling onverkort?*

Stel nu, dat disculpatieregelingen (mede) bepalend zijn voor de inhoud van de zorggedraging, is het dan niet van belang of die invloed voor alle zorgplichtbepalingen hetzelfde geldt? Daar wordt in het navolgende naar gekeken. Een paar auteurs heeft zich daarover namelijk expliciet uitgelaten. Ook de Hoge Raad is (indirect) met de kwestie geconfronteerd en heeft zich, zij het minder expliciet, in oude jurisprudentie daarover gebogen.

De disculpatieregeling in de Arbeidswet is door Rummelink als moederbepaling aangemerkt.<sup>102</sup> Met de aanduiding 'moeder-bepaling' lijkt Rummelink – gezien zijn verdere betoog – twee dingen te hebben beoogd die aansluiten bij hetgeen hierboven is opgemerkt. Het moeder-artikel en de bijbehorende wetsgeschiedenis gelden ten eerste voor alle disculpatieregelingen. Zoals hierboven is beweerd, zijn andere disculpatieregelingen gemodelleerd naar de 'moederbepaling'. Ten tweede gelden volgens Rummelink het moeder-artikel en de bijbehorende wetsgeschiedenis voor alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. De betekenis van het zorgen in de disculpatieregeling is volgens Rummelink dus onverkort van belang voor alle strafbepalingen waarin het 'zorgen' als gedragsbestanddeel is opgenomen. Dezelfde visie hielden eerder Nolte<sup>103</sup> en later 't Hart<sup>104</sup> erop na. Uit deze benadering vloeit voort dat de afwezigheid van een disculpatieregeling geen afbreuk doet aan de materieelrechtelijke werking en positie van de zorggedraging. Tussen de gelding van zorgplichtbepalingen met en zorgplichtbepalingen zonder disculpatieregeling, lijkt dus voor wat de betekenis van de zorggedraging betreft geen onderscheid te bestaan. De inhoud van de disculpatieregeling geldt ten aanzien van zorgplichtbepalingen ook als de wet daarin niet voorziet.

Indirecte steun voor die opvatting biedt een uitspraak van de Hoge Raad uit 1918.<sup>105</sup> In de bijbehorende conclusie voor het arrest bleek A-G Besier er dezelfde opvatting op na te houden als na hem Nolte en Rummelink deden.<sup>106</sup> In casu was

---

<sup>101</sup> Idem, p. 1942.

<sup>102</sup> A-G Rummelink conclusie voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234.

<sup>103</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 167-168.

<sup>104</sup> A.C. 't Hart in alinea 3 van zijn annotatie onder (en indirect de Hoge Raad zelf in) Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782, m.nt. A.C. 't Hart.

<sup>105</sup> A-G Besier conclusie voor Hoge Raad 28 januari 1918, NJ 1918, p. 261-263.

<sup>106</sup> Idem.

verdachte vervolgd en veroordeeld voor een opzichzelfstaande schending van een zorgplichtbepaling uit de Veiligheidswet. De disculpatieregeling van het jaar 1934 kwam in 1918 nog niet in de toenmalige tekst van de Veiligheidswet voor maar de combinatie van zorgplichtbepalingen en disculpatieregelingen bestond al wel in onder meer voornoemde Arbeidswet. De geadresseerde had in deze strafzaak moeten zorgen dat bepaalde oogbescherming door werknemers werd gebruikt. De rechtbank had de geadresseerde veroordeeld en geconstateerd dat de brillen niet waren gebruikt en daaraan toegevoegd dat verdachte *geen toezicht had gehouden* op het gebruik van de oogbescherming. Het daartegen aangewende middel dat die toezicht-eis niet voortvloeide uit de bepaling die was ten laste gelegd, dat het bij de invulling van zorgen ging om ‘in het algemeen redelijk te eisen zorg’ en dat de rechtbank ten onrechte de maatstaf uit de disculpatieregeling van de Arbeidswet 1911 had aangelegd, berustte volgens de Hoge Raad op een onjuiste rechtsopvatting.<sup>107</sup> De Hoge Raad overwoog dat het zorgen de verplichting omvatte te zorgen dat het oogbeschermingsmateriaal ook echt werd gebruikt.<sup>108</sup> Niet alleen moest een lasbril aan de werknemer ter beschikking worden gesteld, maar ook moest worden gezorgd dat die bril daadwerkelijk werd gebruikt bij het lassen. Eenvoudigweg was niet gezorgd dat de oogbescherming werd gebruikt indien was gelast zonder bril op te hebben. Die enkele situatie was voldoende om te spreken van ‘niet zorgen’.<sup>109</sup> De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep en overwoog afsluitend als volgt: *“dat de Rechtbank in haar vonnis, na het den requirant ten laste gelegde bewezen te hebben verklaard, de te zijner verdediging boven bij de toelichting van het middel reeds vermelde maatregelen en omstandigheden te zijner ontlasting ongenoegezaam heeft geoordeeld ‘waar niet gebleken is, dat er in de fabriek eenig toezicht werd gehouden op de nakoming van het gebruik dier brillen’; dat in deze overweging en uitspraak der rechtbank ligt opgesloten, dat de beklaagde te dezer zake is te kort geschoten in de verplichtingen, welke de wet hem oplegt, terwijl de juistheid van haar oordeel op dit punt niet in cassatie kan worden onderzocht”*.<sup>110</sup>

Uit het betreffende arrest lijkt tegen de achtergrond van de opvattingen van Nolte en Remmelink te mogen worden opgemaakt dat het ‘zorgen’ ook zonder disculpatieregeling in verband kan worden gebracht met meer dan alleen ‘maatregelen nemen,’ namelijk in dit geval met ‘houden van toezicht’. Daaruit kan – in lijn met voornoemde opvatting op dit onderdeel van Remmelink en Nolte – worden afgeleid dat het niet zorgen in bijzondere wetten zonder daarop gerichte disculpatieregeling, niet per sé een andere betekenis hoeft te hebben dan het niet zorgen in bijzondere wetten mét een op dat zorgen gerichte disculpatieregeling. Dat ‘zorgen’ overal hetzelfde betekent, was al gebleken in paragraaf 6.2.1 bij vraag-a. Nu

<sup>107</sup> Hoge Raad 28 januari 1918, NJ 1918, p. 261-263, m.n. p. 263.

<sup>108</sup> Hoge Raad 28 januari 1918, NJ 1918, p. 261-263.

<sup>109</sup> Idem, m.n. p. 263.

<sup>110</sup> Idem, m.n. p. 263.

kan daaraan worden toegevoegd dat die betekenis van de zorggedraging, voor zover die betekenis zou worden beïnvloed door disculpatieregelingen (zie hieronder), niet verschilt al naar gelang de aanwezigheid van een dergelijke disculpatieregeling bij een zorgplichtbepaling.

Zo bezien, kan 'zorgen' worden ingevuld met zowel de door de wetgever ongewenste situatie als met de verschillende onderdelen uit disculpatieregelingen, te weten het voorzien in bevelen, middelen, maatregelen en toezicht. De vraag is hoe deze twee mogelijkheden zich tot elkaar verhouden. Ter beantwoording van die vraag moeten eerst bij de disculpatieregelingen nadere vraagtekens worden geplaatst. Een relevante vraag is of disculpatieregelingen een *limitatieve* opsomming bevatten van omstandigheden waaronder een persoon geacht wordt aan de zorgplicht te hebben voldaan. Een andere vraag is of alle in de bepaling genoemde omstandigheden zich moeten voordoen of dat één volstaat om gedisculpeerd te worden. Weer een andere kwestie van belang, is in hoeverre disculpatieregelingen de deur voor andere verweren dan het disculpatieverweer dichtgooien. Een eveneens relevant punt betreft de bewijsrechtelijke consequenties. De belangrijkste vraag blijft tot slot betrekking hebben op de verhouding tussen de door de wetgever ongewenste situatie enerzijds en het voldoen aan de verlangde zorg door het voorzien in bevelen, middelen, maatregelen en toezicht anderzijds. Die vraag wordt aan het eind van deze paragraaf beantwoord.

#### *Opsomming is cumulatief maar niet limitatief*

In disculpatieregelingen stonden over het algemeen vier onderdelen opgenomen die maakten dat aan de zorgverplichting was voldaan. Om te ontkomen aan een zorgplichtschending werd verlangd dat de nodige bevelen waren gegeven, de nodige maatregelen waren genomen, de nodige middelen waren verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht was gehouden (zie over de specifieke onderdelen paragraaf 6.2). Het was begin twintigste eeuw niet geheel duidelijk of deze opsomming in het 'moeder-artikel' limitatief was bedoeld. In de wetsgeschiedenis van de Arbeidswet werd door sommigen daarom de wens uitgesproken de bepaling enigszins aan te passen. Een mogelijkheid die werd geopperd was dat in de betreffende disculpatieregeling zou worden opgenomen wat 'in ieder geval' tot de verlangde zorg, de zorggedraging, behoorde te worden gerekend. Van Hamel veronderstelde dat de disculpatieregeling voorzag in een *limitatieve* opsomming van wat de zorggedraging inhield en stelde in het parlement voor daar een *enuntiatieve* opsomming van te maken door in de bepaling aan te geven wat tot de zorgplicht 'behoort'.<sup>111</sup> De wetgever ging uiteindelijk niet met Van Hamel in zijn voorstel mee. Men meende namelijk al dat geen sprake was van een limitatieve opsomming zodat de wijziging ter verduidelijking dat sprake was van een enuntiatieve opsomming niet nodig was. De vraag rijst waarop het parlement het oordeel baseerde dat de disculpatieregeling niet limitatief bedoeld was.

---

<sup>111</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1940.

Met de disculpatieregeling had de Minister in 1910 vooral het oog gehad op 'enige detaillering' van de nieuwe strafrechtelijke, op zorgplichtbepalingen gebaseerde, constructie.<sup>112</sup> De Minister meende in het kader van de disculpatieregeling in de Arbeidswet, dat het belangrijk was dat de disculpatieregeling nu ook uitdrukkelijk was vastgelegd.<sup>113</sup> Hij meende immers de 'strengere regeling' in de Arbeidswet van 1911, die niet slechts zag op overtreding van een paar bepalingen maar op strafrechtelijke schending van de gehele Arbeidswet, enigszins van tegenwicht te moeten voorzien.<sup>114</sup> Tegelijkertijd mocht met een dergelijke vrijwaringregeling geen afbreuk worden gedaan aan het reeds bestaande bestel. Er is veel voor te zeggen dat het tegenwicht van de disculpatieregeling niet in de plaats mag komen van andere uitsluitingsgronden zoals bijvoorbeeld een beroep op een ambtelijk bevel (art. 43 Sr). Daarom kan in ieder geval niet worden gesproken van een beperking door art. 11quater Arbeidswet 1911 van de disculpatiemogelijkheden of van de commune excepties die de geadresseerde ook zonder de aparte regeling al toekwamen.<sup>115</sup> Dat is ook logisch omdat de disculpatieregeling in de kern inhoudt wanneer juist wel is gezorgd en geen afbreuk wil doen aan andere regelingen.

De vraag kan natuurlijk worden gesteld of de geadresseerde niet reeds een beroep toekwam op disculpatie zonder dat een regeling daarvoor in de wet zou zijn vastgelegd. Het punt blijft namelijk wel dat reeds vanaf 1889 vergelijkbare constructies hadden bestaan waarin hoofden, bestuurders en toezichhoudend personeel waren belast met een strafrechtelijk te handhaven zorgplicht *zonder* dat daarbij in een disculpatieregeling was voorzien, maar terzake waarvan werd aangenomen dat zij wel een beroep op eenzelfde disculpatie konden doen. Met de invoering later van disculpatieregelingen werd niet beoogd in die systematiek een beperking aan te brengen. De inhoud van de disculpatieregeling kon ook daarom niet als limitatief worden aangemerkt.

Voor wat betreft de vraag of sprake is van een limitatieve opsomming moet daarnaast worden benadrukt dat het de Minister vooral ging om het bestaan van *enige* vorm van een disculpatiemogelijkheid. De gekozen redactie leek hem weliswaar de meest opportune om daaraan uitdrukking te geven, maar die vormgeving met behulp van de vereiste middelen, bevelen en toezicht zou echter niet in de weg hoeven staan aan ruimere mogelijkheden van disculpatie. Dát een persoon zich zou kunnen vrijpleiten en dat in die mogelijkheid uitdrukkelijk in de wet zou zijn voorzien, was het voornaamste; niet de wijze waarop die wet was vormgegeven.<sup>116</sup> Daaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat aan de ene kant de uiteindelijke bewoording niet al te stringent moeten worden gelezen maar dat men er aan de andere kant niet aan voorbij kan gaan dat de gekozen formulering uiteindelijk wel consequenties heeft gehad voor de wijze waarop de strafrechte-

---

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> *Handelingen I*, 1911/12, p. 37.

<sup>114</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 595.

<sup>115</sup> Idem, p. 568

<sup>116</sup> *Handelingen I*, 1911/12, p. 37.

lijke zorggedraging moet worden opgevat. De definitieve redactie was nu eenmaal zo dat in de bepaling stond wanneer wel werd geacht de verlangde zorg te hebben betracht.

De disculpatieregeling vormde aldus enerzijds inhoudelijk geen limitatieve opsomming van de disculpatiegronden. Anderzijds dient in verband met een dergelijke opsomming de vraag zich aan of de opgesomde onderdelen cumulatieve gelding hebben. Die vraag is door de Hoge Raad beantwoord. De Hoge Raad heeft namelijk overwogen dat het niet gaat om 'één of meer' van de onderdelen van de disculpatieregeling: het is alles of niets.<sup>117</sup> De onderdelen zijn ook volgens Nolte cumulatief.<sup>118</sup> Voor vrijwaring van de geadresseerde op basis van de onderdelen uit een disculpatieregeling wordt verlangd dat ten minste aan alle daarin wél genoemde onderdelen was voldaan. Indien bijvoorbeeld wel de nodige bevelen zijn gegeven maar niet de nodige middelen zijn verschaft, is niet aan alle vereisten voor disculpactie uit de disculpatieregeling voldaan. Het is niet mogelijk dat in dat geval de (rechts)persoon die als geadresseerde van de betreffende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling had te gelden, toch wordt geacht aan zijn zorgverplichting te hebben voldaan. Voor disculpactie moet immers aan alle voorwaarden worden voldaan.

Tegelijkertijd, zo bleek in het bovenstaande, heeft de wetgever slechts een niet-limitatieve indicatie willen geven van een geval waarin disculpactie aangewezen was. Op zichzelf was het opnemen daarvan in de wet volgens de wetgever niet nodig, maar kon het wel verhelderend werken. Daaruit moet worden afgeleid dat wat in disculpatieregelingen volgens de Minister enigszins toevalligerwijs wettelijk is vastgelegd, in gelijke mate heeft te gelden voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die niet zijn aangehaakt bij een disculpatieregeling. De betreffende onderdelen spraken immers eigenlijk wel vanzelf en het vastleggen ervan lijkt meer te zijn gezien als een formaliteit. Die werking zou er volgens de Minister en het parlement namelijk ook zijn geweest indien de wetgever er niet voor had gekozen disculpatieregelingen op te nemen in een aantal bijzondere wetten. De vraag is dan vervolgens, wat de betekenis van de inhoud van disculpatieregelingen is en hoe die zich verhoudt tot andere vormen van excepties zoals – met name – die van 'afwezigheid van alle schuld' door het betrachten van de maximaal te vergen zorg. Voor wat dit laatste verweer betreft, bleek in het voorgaande alvast dat disculpatieregelingen expliciet ruimte openlieten voor alternatieve vrijwarings. De vraag is in hoeverre disculpatieregelingen daarnaast moeten worden geplaatst en wat hun verhouding is tot andere excepties.

### *Disculpactie in verhouding tot 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie*

In de Eerste Kamer is in het kader van de Arbeidswet gesproken over het al dan

---

<sup>117</sup> Hoge Raad 4 november 1929, NJ 1929, p. 1662-1664, m.n. p. 1663.

<sup>118</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 166.

niet limitatief zijn van de disculpatieregeling in het toenmalige art. 11quater Arbeidswet 1911 (oud).<sup>119</sup> Bij het limitatieve karakter is in het bovenstaande al stilgestaan. Nu is een ander punt van belang. In de Eerste Kamer bleek namelijk de onduidelijkheid die het gevolg is van de misvatting waarop eerder in de context van risico-daderschap en risico-aansprakelijkheid in paragraaf 6.2 is gewezen, namelijk dat de disculpatieregeling en de zorggedraging (uitsluitend) zien op *da-derschap* en niet op (ook) *strafbaarheid*. In de Eerste Kamer werd gevreesd dat wanneer de disculpatieregeling limitatief moest worden opgevat, geen ruimte meer zou bestaan voor de niet ondenkbare zaken die buiten de disculpatieregeling zouden vallen. Met name werd daarbij gedacht aan omstandigheden “*dat er absoluut geen schuld bij den ondernemer aanwezig is*”.<sup>120</sup> Een voorbeeld daarvan zou zijn dat de noodzakelijkheid van bepaalde bevelen vaststond doch dat de ondernemer door omstandigheden van zijn wil geheel onafhankelijk die noodzakelijke bevelen niet heeft *kunnen* geven.

Bij dit voorbeeld is van belang dat onderscheid wordt gemaakt tussen daderschapsuitsluitingsgronden en schulduitsluitingsgronden.<sup>121</sup> Beide ‘vrijwaringen’ komen in het onderstaande nog aan de orde. Voor wat betreft laatstgenoemde alvast het volgende. Het absoluut ontbreken van de schuld<sup>122</sup> van de geadresseerde kan, en kon ook toentertijd al, altijd worden aangevoerd ter onderbouwing van de stelling dat wel de maximale zorg is betracht waartoe werd verplicht. De ruimte voor een dergelijk ‘afwezigheid van alle schuld’-verweer werd door een disculpatieregeling niet beperkt. Dat was ook niet het doel van de disculpatieregeling. De disculpatieregeling zag op het daderschap en niet op de strafbaarheid en/of verwijtbaarheid. Inhoudelijk bestaat geen overlap. Uit disculpatieregelingen kan slechts worden afgeleid hoe het zorgen en daarmee het daderschap wordt ingevuld. Men zou zich vergissen indien werd gedacht dat een disculpatieregeling de mogelijkheid uitsluit enig (ander) verweer te voeren.<sup>123</sup> Die veronderstelling is wegens de gerichtheid van disculpatieregelingen op de zorggedraging en het daderschap onjuist. Vanzelfsprekend wordt daarmee geen afbreuk gedaan aan de mogelijkheid verweren te voeren die iets anders aanvechten dan het daderschap, zoals bijvoorbeeld de verwijtbaarheid.

Met de disculpatieregeling werd, zoals gezegd, slechts beoogd tegenwicht te bieden aan het nieuwe regime. Waar immers aan de ene kant werd gesteld dat

<sup>119</sup> *Handelingen I*, 1911/12, p. 17.

<sup>120</sup> *Idem*.

<sup>121</sup> Dat benadrukken ook H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 167, J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 271, Rummelink in zijn conclusie voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 en annotator 't Hart onder Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782, m.nt. A.C. 't Hart.

<sup>122</sup> Hoge Raad 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681 e.v. (Melk en water).

<sup>123</sup> Dit laatste maakt overigens ook dat de hierboven al aangestipte niet-opneming van een disculpatieregeling in de Arbeidsomstandighedenwet in de jaren zeventig niet vrij van kritiek kan zijn. Men leek daarbij de disculpatieregeling als ongewenste beperking op te vatten, *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 48.

werkgevers verantwoordelijk zouden zijn voor alles wat in hun fabriek in strijd met de wet zou gebeuren, moest aan de andere kant aan de werkgevers het middel worden gegeven zich *“te decken, tegen onwil, tegen tegenweer, tegen sabotage”*.<sup>124</sup> De Minister gaf in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer mee dat het vooral erom ging te bereiken dat de werkgever *“met den meesten ernst er naar gestreefd heeft arbeid strijdig met de wet te verhinderen”*.<sup>125</sup> Deze twee citaten zouden licht de indruk kunnen wekken dat de disculpatieregeling misschien tot op zekere hoogte toch wel een klein beetje overlapt met de ‘afwezigheid van alle schuld’-exceptie dat de in het concrete geval van de geadresseerde uiterst te vergen zorg is betracht. Het is de vraag in welke mate van die overlap sprake zou moeten (kunnen) zijn.

### *Afschaffing van disculpatieregelingen en nogmaals verhouding tot ‘afwezigheid van alle schuld’*

Bij de samensmelting van verschillende versplinterde regelingen in de Arbeidsomstandighedenwet werd halverwege de jaren zeventig aangevoerd dat aan de disculpatieregeling, die in art. 29 lid 2 Veiligheidswet (oud) opgenomen had gestaan sinds 1934,<sup>126</sup> zagezegd *“geen behoefte meer bestond”*. De behoefte aan de in de toenmalige memorie van toelichting van de Arbeidsomstandighedenwet als zogenaamde ‘bewijsrechtelijke regel’ aangeduide disculpatiemogelijkheid was volgens de wetgever komen te ontvallen, *“aangezien zij besloten ligt in het door de rechtspraak algemeen aanvaarde beginsel van afwezigheid van alle schuld”*.<sup>127</sup> Of dat zo vanzelfsprekend is als wordt gesuggereerd in de memorie van toelichting kan, ondanks de instemming waarmee het hier en daar is ontvangen,<sup>128</sup> op navolgende gronden in twijfel worden getrokken.

Ten eerste had de betreffende wijziging veel eerder kunnen plaatsvinden aangezien genoemd beginsel reeds lang (zo’n zestig jaren eerder) in de rechtspraak was aanvaard.<sup>129</sup> Sterker nog: het schuldbeginsel en de ‘afwezigheid van alle schuld’-exceptie waren reeds lang van kracht toen de disculpatieregeling in 1934 in de Veiligheidswet werd opgenomen. Het is daarom geenszins onterecht dat dan tegen die achtergrond de vraag wordt opgeworpen waarom toentertijd, desondanks, voor de constructie van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin gecombineerd met een disculpatieregeling werd gekozen. Zoals in hoofdstuk 5 en paragraaf 6.2 is gebleken, heeft de wetgever begin twintigste

<sup>124</sup> *Handelingen I*, 1911/12, p. 37.

<sup>125</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 595.

<sup>126</sup> Wet van 2 juli 1934, *Stb.* 1934, 352. In de memorie van toelichting werd in de jaren dertig slechts aangegeven dat het artikel eenzelfde regeling bevatte als bijvoorbeeld de Stuwadoorswet, Steenhouderswet en Arbeidswet 1919, *Kamerstukken II*, 1931/32, 217, nr. 3, p. 16.

<sup>127</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 48.

<sup>128</sup> E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 134 en E. Gritter, ‘De anonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83, zie p. 72.

<sup>129</sup> Hoge Raad 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681 e.v. (Melk en water).



eeuw meer nagedacht over de positie van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, de daarin opgenomen zorggedraging en het bijbehorende daderschap dan de wetgever aan het eind van de twintigste eeuw. Zou het niet kunnen zijn dat beide excepties een ander bereik hebben dat elkaar juist niet overlapt?

Daarnaast was het gebrek aan behoefte aan een disculpatieregeling waarvan de wetgever sprak in de jaren zeventig allesbehalve evident gezien het tot en met de eenentwintigste eeuw zijn blijven voortbestaan van andere disculpatieregelingen. Voorbeelden daarvan zijn:

Art. 18 lid 3 Wet op de Zeevaartdiploma's (oud) – *“3. De eigenaar wordt geacht zijn verplichting te zijn nagekomen, wanneer hij aantoonst, dat hij de noodige bevelen heeft gegeven, de noodige maatregelen heeft genomen en de noodige middelen heeft verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht heeft gehouden om de naleving van zijn verplichting te verzekeren”*.<sup>130</sup>

Art. 4 lid 3 Wet goederenvervoer over de weg (oud) – *“3. Aan de verplichting van het hoofd of de bestuurder en van het toezichthoudend personeel is voldaan, wanneer zij aantonen, dat door hen de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden om de naleving te verzekeren van de bepalingen, voor welke naleving zij verplicht waren te zorgen”*.

Deze bepalingen betreffen typische voorbeelden van de ondertussen vrijwel<sup>131</sup> uitgestorven disculpatieregeling. Nadat in 2002 art. 18 lid 3 Wet op de Zeevaartdiploma's verdween, lijkt voornoemd derde lid van artikel 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) de laatste der Mohikanen te zijn geweest. De bepaling is onlangs doorgehaald.<sup>132</sup> Kennelijk waren deze en andere disculpatieregelingen toch niet zo onbelangrijk en vervangbaar door de ‘afwezigheid van alle schuld’-doctrine dat in de jaren zeventig meteen iedere disculpatieregeling werd afgeschaft. Anderzijds kan daartegenin worden gebracht dat dergelijke disculpatieregelingen aan het kortste eind hebben getrokken voor wat betreft het wettelijk vastleggen ervan.

Het derde punt dat aanleiding geeft de vraag te stellen of het niet zo zou kunnen zijn dat beide excepties een ander bereik hebben dat elkaar juist niet overlapt, vergt een wat uitvoerigere behandeling. Het afschaffen van disculpatierege-

<sup>130</sup> Wet van 11 december 1997, *Stb.* 1997, 757, p. 20. Ingetrokken per 1 februari 2002, *Stb.* 2002, 43. Het had in de betreffende wet opgenomen gestaan sinds 1 november 1937, *Stb.* 1937, 593, Wet van 2 augustus 1935, *Stb.* 1935, 456.

<sup>131</sup> Het kan niet worden uitgesloten dat in een niet onderzochte wet ergens een disculpatieregeling is overgebleven.

<sup>132</sup> Wet van 12 maart 1992, *Stb.* 1992, 145. In werking getreden per 30 april 1992, *Stb.* 1992, 197. De wet is ingetrokken per 1 mei 2009, *Stb.* 2009, 193. Wet van 30 oktober 2008, *Stb.* 2008, 492.

lingen zou begrijpelijk zijn als de beoogde strekking ervan (nagenoeg) overeenkomt met de invulling van de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie. In dat geval zou de disculpatieregeling weinig meer toevoegen. Een niet te negeren punt is echter dat beide excepties een stuk minder mooi parallel lopen dan de wetgever midden jaren zeventig heeft gedacht. Ook Vellinga is in een voetnoot in zijn proefschrift uit 1982 de mening toegedaan dat "*'niet zorgen dat' niet identiek is aan schuld*".<sup>133</sup> Het lijkt uitdrukkelijk niet zo te zijn dat het buitenwettelijke 'afwezigheid van alle schuld'-verweer de disculpatieregelingen heeft vervangen. Dat lijkt ook helemaal niet mogelijk omdat de twee, zoals hieronder nog zal blijken, bepaald niet dezelfde lading dekken.

*Disculpatieregelingen geven geen invulling aan 'afwezigheid van alle schuld' noch aan 'aansprakelijkheid'*

Ten aanzien van disculpatieregelingen wordt in de spaarzame strafrechtelijke literatuur geschreven: "*In deze gevallen waarin de wet bijvoorbeeld de werkgever een zorgplicht oplegt - hij moet zorgen dat er in zijn onderneming niet in strijd met de wet wordt gewerkt - wordt hij volgens de wet geacht wèl te hebben gezorgd, als hij aantoont de nodige maatregelen te hebben genomen, de nodige middelen te hebben verschaft, het nodige toezicht te hebben gehouden enz*".<sup>134</sup> Zoals eerder betoogd, geven disculpatieregelingen daarmee invulling aan de zorggedraging. Nolte meent evenwel dat disculpatieregelingen zich niet uitspreken over de mate van zorg, maar over "*de grenzen der strafrechtelijke aansprakelijkheid*".<sup>135</sup> Deze stellingname van Nolte kwam in paragraaf 6.2 al even naar voren en kan nu in het licht van de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie worden geplaatst.

In de ogen van Nolte waren disculpatieregelingen niet bepalend voor de inhoud van het zorgen en werd in de betreffende disculpatieregelingen slechts voorzien in de mogelijkheid aan *aansprakelijkheid* te ontkomen. Nolte meent dat af te mogen leiden uit de memorie van antwoord bij de Arbeidswet van 1911 en hij verwijst ter onderbouwing voorts naar een uitspraak van de Hoge Raad uit 1929.<sup>136</sup>

De door Nolte gegeven interpretatie is niet vanzelfsprekend, maar hij staat niet alleen. Nolte lijkt (onterecht) te zijn afgegaan op de Advocaat-Generaal bij het betreffende arrest die art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) in de sleutel van afwezigheid van alle schuld plaatste en daarmee voor het anker ging liggen van een benadering van de disculpatieregeling vanuit de strafbaarheid in plaats vanuit het

---

<sup>133</sup> W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld - afwezigheid van alle schuld*, (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982, p. 150, voetnoot 11.

<sup>134</sup> A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machiels (red.), *Wetboek van Strafrecht. Noyon-Langemeijer-Remmelink*, Deventer: Kluwer (losbl.), 'Eerste boek, titel III, Inleiding, aantekening 5 Andere strafbaarheidsuitsluitingen'.

<sup>135</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 166.

<sup>136</sup> Hoge Raad 4 november 1929, NJ 1929, 1662. Het belang van de uitspraak is vooral gelegen in het feit dat de Hoge Raad erin overweegt dat de onderdelen van disculpatieregelingen *cumulatief* moeten worden aangetoond.

daderschap. De Hoge Raad heeft de lijn van Nolte en de Advocaat-Generaal niet gevolgd. Advocaat-Generaal Berger meende, onder verwijzing naar dezelfde kamerstukken als die Nolte onjuist heeft geïnterpreteerd, in de disculpatieregeling niet “een nadere bepaling van het begrip zorgen” te zien maar “slechts de aanwijzing van die omstandigheden waaronder afwezigheid van alle schuld [...] behoort te worden aangenomen”.<sup>137</sup> In die termen drukt de Hoge Raad zich duidelijk niet uit. De Hoge Raad overweegt na herhaling van de standaardtekst van de disculpatieregeling dan weliswaar, zo moet Nolte worden toegegeven, dat geadresseerden die succesvol zijn in hun disculpatie “niet langer strafrechtelijk aansprakelijk zijn” maar daarmee heeft de Hoge Raad geenszins bedoeld de disculpatieregeling te kwalificeren als ‘afwezigheid van alle schuld’-variant of aansprakelijkheidsregeling. In dit specifieke arrest wekt de Hoge Raad misschien wat onfortuinlijk de indruk dat het bij disculpatieregelingen gaat om een soort ‘aansprakelijkheidsuitsluiting’ maar in andere arresten wordt juist verduidelijkt dat het in disculpatieregelingen expliciet gaat om daderschapsuitsluiting en niet om strafuitsluiting.<sup>138</sup> In zijn annotatie onder Hoge Raad 12 februari 1934 betreffende de disculpatieregeling in art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) verwoordt Pompe het kernachtig “Voor eerst is hier in wettelijken zin geen sprake van een strafuitsluitingsgrond, want hier wordt aan de verplichting voldaan geacht, en is er dus geen overtreding van een wetsbepaling, in welke overtreding het strafbare feit bestaat”.<sup>139</sup> De Hoge Raad is zelf een aantal jaren daarna in 1938 eveneens expliciet. De A-G had bij het betreffende arrest letterlijk geschreven dat naar zijn mening art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) een strafuitsluitingsgrond bevatte waarop requirant een beroep had gedaan.<sup>140</sup> De Hoge Raad daarentegen overwoog “dat het hier echter niet geldt een verweer als bij art. 358, derde lid [...] waaromtrent de Rechtbank bepaaldelijk eene beslissing had moeten geven, daar bij gegrondbevinding van dit verweer een vrij-spraak had moeten volgen, zoodat in de bewezenverklaring de verwerping van het gevoerde, op art. 76 der Arbeidswet 1919 steunende verweer, ligt opgesloten”.<sup>141</sup>

Indachtig nu daarenboven hetgeen in de parlementaire geschiedenis door Van Hamel is opgemerkt,<sup>142</sup> te weten dat in de disculpatieregeling de zorggedraging is uitgewerkt, daarbij in gedachten houdend dat ook in de andere zeldzame litera-

<sup>137</sup> Hoge Raad 4 november 1929, NJ 1929, 1662.

<sup>138</sup> Hoge Raad 16 mei 1938, NJ 1938, 1019 en Hoge Raad 12 februari 1934, NJ 1934, p. 1135. Weliswaar beide aangestipt door H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 166 maar zonder daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat de disculpatieregeling op daderschap betrekking heeft en niet op aansprakelijkheid. Zie tevens E. Gritter, ‘De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83, zie p. 71-72.

<sup>139</sup> Hoge Raad 12 februari 1934, NJ 1934, p. 1135.

<sup>140</sup> Hoge Raad 16 mei 1938, NJ 1938, 1019.

<sup>141</sup> Idem.

<sup>142</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1938-1939. Zie voorts paragraaf 6.2.

tuur<sup>143</sup> wordt gemeend dat het hier een regeling betreft die bij het *daderschap* en niet bij strafbaarheid aanhaakt, en tegen de achtergrond van het bovenstaande, te weten dat de disculpatieregeling zonder directe noodzaak als een soort incident in de wet is opgenomen hetgeen desondanks tot gevolg had dat de gekozen formulering (al dan niet bedoeld) invulling gaf en geeft aan de zorggedraging en nadrukkelijk niet invulling gaf aan aansprakelijkheid, strafbaarheid en/of verwijtbaarheid, kan de stelling van Nolte, dat de disculpatieregeling los zou staan van de invulling van de zorggedraging en het daderschap en juist de grenzen van aansprakelijkheid zou bepalen, geen standhouden. Of de delictsgedraging is begaan en sprake is van daderschap, wordt bepaald door de 'ongewenste situatie' en de 'disculpatieregeling'. De disculpatieregeling heeft evenzeer betrekking op het daderschap zoals de 'ongewenste situatie' dat heeft en de disculpatieregeling is niet ook bepalend voor de vraag of sprake is van strafbaarheid of aansprakelijkheid of afwezigheid van alle schuld, in die zin dat met de constatering dat geen beroep op de disculpatieregeling mogelijk is in een concreet geval, daarvan strafbaarheid of aansprakelijkheid zou vaststaan of een afwezigheid van alle schuld verweer, niet meer mogelijk zou zijn.

#### *Consequentie uitsterven disculpatieregelingen?*

Indachtig het voorgaande kan de opmerking van de wetgever dat in verband met de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie *geen behoefte* meer zou bestaan aan disculpatieregelingen op zijn zachtst gezegd niet vanzelfsprekend worden genoemd. Desondanks lijken disculpatieregelingen te zijn uitgestorven.<sup>144</sup> Ten aanzien van de in hoofdstuk 5 besproken wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin bestaan in het geheel geen disculpatieregelingen meer. Het is de vraag of het verdwijnen van deze regelingen gevolgen heeft voor de inhoud van zorggedragingen en - afhankelijk van dat antwoord - of tot revitalisering moet worden geconcludeerd.

Deze kwestie is (indirect) aan de orde geweest in een uitspraak van de Hoge Raad van 18 mei 1993.<sup>145</sup> Met name de annotatie van 't Hart en de daarin geuite twijfels ten aanzien van de (woord)keuzes van de Hoge Raad, twijfels ten aanzien van zijn eigen opvatting en de door hem opgeworpen vragen zijn van belang. Het Hof had gemeend niet op een verweer te hoeven reageren omdat de disculpatieregeling van de Veiligheidswet 1934 waarop een beroep werd gedaan, was ingetrokken en die regeling in de Arbeidsomstandighedenwet niet was teruggekomen. Hoewel weliswaar, zoals hierboven bleek, de wetgever meende dat aan de disculpatieregeling geen behoefte meer bestond omdat daarvan (onterecht) werd verondersteld dat die zou overlappen met het 'afwezigheid van alle schuld'-leerstuk, was het natuurlijk niet de bedoeling dat het Hof die situatie zou om-

---

<sup>143</sup> Conclusie Rammelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 en J. Rammelink, 'Artikel 51 Wetboek van Strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1963, p. 119-144, zie p. 141.

<sup>144</sup> Buiten de in het vijfde hoofdstuk besproken gevallen zouden ze nog kunnen voorkomen.

<sup>145</sup> Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782.

draaien en ten aanzien van het gevoerde, ten onrechte als ‘afwezigheid van alle schuld’-verweer aangeduide, beroep zou overwegen dat daaraan niet kon worden geappelleerd omdat de disculpatieregeling was ingetrokken. Het Hof had overwogen: *“Namens verdachte is voorts een beroep gedaan op het bepaalde in art. 29 jo art. 7 Veiligheidswet 1934. Nu blijkt het bepaalde in art. 46 Arbo-wet de Veiligheidswet met ingang van 1 jan. 1983 is ingetrokken behoeft naar het oordeel van het hof niet op dit beroep te worden ingegaan”*.<sup>146</sup> Met die redenering is door de Hoge Raad uiteraard korte metten gemaakt. De Hoge Raad overwoog (r.o. 5.3.7) *“Weliswaar heeft het hof met juistheid overwogen dat de Veiligheidswet 1934, en dus ook art. 29 van die wet, bij art. 46 Arbo-wet is ingetrokken, maar dit leidt er niet toe dat maatstaven als hier zijn verwoord [te weten nodige bevelen, maatregelen, middelen en redelijkerwijze toezicht – BK] niet meer in aanmerking behoren te komen bij de beoordeling van de gegrondheid van een beroep [...] als hier is gedaan”*.<sup>147</sup> Waar het in onderhavige alinea met name om te doen is, zijn de heldere woorden van ’t Hart met betrekking tot de disculpatieregeling: *“De Veiligheidswet 1934 is wel bij art. 46 Arbo-wet goeddeels ingetrokken, en daarbij is in ieder geval ook art. 29 Veiligheidswet 1934 ingetrokken, maar dat betekent niet dat onder de werking van de Arbo-wet een dergelijke constellatie niet meer bevrijdend zou kunnen werken”*.<sup>148</sup> En: *“Het vervallen zijn van art. 29 Veiligheidswet 1934 betekent – opnieuw met andere woorden – niet dat het daarin verwoorde oordeel over het op voldoende wijze voldoen aan de zorgplicht niet meer een stevig argument zou kunnen vormen om een verweer te kunnen voeren dat tot straffeloosheid leidt”*.<sup>149</sup> Uit het hier aangehaalde, moet worden afgeleid dat in gevallen waarin sprake is van een zorgplichtbepaling en waarin feitelijk een beroep wordt gedaan op de inhoud van een niet (meer) bestaande disculpatieregeling, het niet van belang is dat een dergelijke disculpatieregeling er niet is. Met andere woorden: bij zorgplichtbepalingen kan ook zonder disculpatieregeling de zorggedraging worden aangevallen, maar belangrijker: ook worden ingevuld, met de onderdelen ‘nodige bevelen geven, nodige maatregelen nemen, nodige middelen verschaffen en redelijkerwijze te vorderen toezicht houden’.

Dat voor disculpatieregelingen in de wetsteksten zelf geen plaats meer is ingeruimd, is niet problematisch omdat de disculpatieregelingen en de bijbehorende werking en betekenis voor de zorggedraging blijven doorklinken in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Zoals eerder in het bovenstaande is gesteld, gelden de specifieke eigenschappen van disculpatieregelingen in gelijke mate voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zonder disculpatieregeling. De disculpatieregeling – of misschien beter: disculpatiemogelijkheid – is daardoor hoe dan ook deel gaan uitmaken c.q. blijven uitmaken van iedere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin en hun

<sup>146</sup> Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782.

<sup>147</sup> Idem.

<sup>148</sup> ’t Hart in zijn annotatie onder Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782, alinea 3.

<sup>149</sup> Idem.

bijzondere daderschapsconstructie. Het langzaam maar zeker schrappen van disculpatieregelingen doet aan die constructie geen afbreuk. Desondanks is de vraag of dat schrappen dan ook aanbeveling verdient of dat juist een lans moet worden gebroken voor herinvoering van disculpatieregelingen. Op die kwestie wordt teruggekomen in hoofdstuk 7.

### **6.3.1.2.2 Ongewenste situatie, disculpatie en AVAS in drie te onderscheiden stappen**

Zoals tot nog toe in het voorgaande is betoogd, gaven disculpatieregelingen inhoud aan de zorggedraging en waren zij geen nuancering of beperking daarvan. De vraag komt echter op hoe dat valt te rijmen met de eerder aangedragen invulling van het zorgen middels de zinsnede ‘de door de wetgever ongewenste situatie’? Welke rol spelen in dat verband de uitgestorven disculpatieregelingen? Anders gezegd: wat is de relatie tussen de ‘ongewenste situatie’ en de ‘disculpatieregeling’ die beiden op eigen wijze bepalend zijn voor de zorggedraging.

Gritter ziet in de disculpatieregeling “*de verzachting van de zware zorgplicht*”<sup>150</sup> en A-G Besier meende in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad uit 1918 dat de disculpatieregeling nodig was “*om de strenge gevolgen van dit woord [het ‘zorgen’ – BK] te temperen*”.<sup>151</sup> Ook de Minister heeft zich in de geschiedenis van de Arbeidswet wel in enigszins vergelijkbare termen uitgelaten. Mogelijk zou de disculpatieregeling dus als een soort relativering dienen te worden gezien. De Hoge Raad ziet dat echter anders. Volgens de Hoge Raad vormden de disculpatieregelingen expliciet geen *afzwakking* van de voorschriften waarop zij zagen.<sup>152</sup> Ook de disculpatieregelingen zijn bepalend voor de inhoud van de zorggedraging. Daarom moeten ‘ongewenste situatie’ en ‘disculpatieregeling’ mogelijk naast elkaar worden gezien als gelijkwaardige en zelfstandige grootheden. Mogelijk zou een stramien kunnen worden uitgewerkt waarin de onderlinge relatie tussen de ‘ongewenste situatie’ enerzijds en de ‘disculpatieregeling’ anderzijds duidelijker tot uitdrukking komt.

Nadat door de Hoge Raad in zijn arrest uit 1975 (zie hierboven paragraaf 6.2) was overwogen wanneer *niet* is gezorgd, ging de hoogste rechter in op de toen eveneens aan de orde zijnde disculpatieregeling. Ten aanzien van de disculpatieregeling in art 29 lid 2 Veiligheidswet 1934 is door de Hoge Raad (conform de wettekst) overwogen dat geacht moet worden aan de zorgplicht uit de wettelijke bepaling te zijn voldaan wanneer de bestuurder van de onderneming ten genoegen van de rechter heeft aangetoond dat conform artikel 29 lid 2 van de genoemde wet: “*door hem de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is*

---

<sup>150</sup> E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 132-133.

<sup>151</sup> Besier in zijn conclusie voor Hoge Raad 28 januari 1918, NJ 1918, p. 261-263.

<sup>152</sup> Hoge Raad 4 november 1929, NJ 1929, p. 1662-1664, m.n. p. 1663.

*gehouden, om de naleving te verzekeren van de bepalingen voor welke naleving hij verplicht was te zorgen*".<sup>153</sup> R Emmelink veronderstelt dat indien een rechter simpelweg op één punt oordeelt dat de zorg onvoldoende is geweest, de rechter dan klaar zou zijn geweest.<sup>154</sup> Naast dat deze veronderstelling van R Emmelink ondersteunt wat in het bovenstaande is beweerd ten aanzien van de cumulatieve werking van de onderdelen van disculpatieregelingen, geeft R Emmelinks veronderstelling in de context van de uitspraak van de Hoge Raad aanleiding te kijken naar een soort scharnierfunctie die verweren zouden kunnen bekleden bij het bepalen van welke zorg in casu is betracht.

Het 'zorgen' hoeft door de rechter in de uitspraak niet aan de hand van de vier aspecten van disculpatieregelingen te worden uitgewerkt. De enkele ongewenste situatie is voldoende voor het bewijs dat de geadresseerde de zorggedraging heeft begaan en dus dader is. Pas als verweer, gebaseerd op één van de disculpatie-onderdelen, wordt gevoerd (bijvoorbeeld 'ik heb bevelen gegeven' gevolgd door de uitwerking daarvan), hoeft de rechter te kijken naar de vier maatstaven uit de disculpatieregeling, niet eerder. De rechter kan in een dergelijke situatie óf weerleggen dat bevelen zijn gegeven óf daarop niet ingaan en overwegen 'dat kan allemaal wel zijn, maar geadresseerde heeft niet de nodige maatregelen genomen of het redelijkerwijze te vorderen toezicht gehouden' (gevolgd door uitwerking daarvan). Aldus zouden twee fasen moeten worden onderscheiden: de fase waarin een ongewenste situatie en daarmee een 'niet zorgen' en het ouderschap worden geconstateerd en de fase waarin objectief wordt bekeken of ondanks de ongewenste situatie toch kan worden gezegd dat is gezorgd omdat in de nodige bevelen, maatregelen, middelen en toezicht was voorzien. Dat werpt de vraag op of ook een derde fase moet worden geconstateerd waarin aan de orde is in hoeverre de geadresseerde in zijn concrete, subjectieve geval de maximaal te vergen zorg heeft betracht (als onderdeel van de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie).

Een uitwerking van een dergelijk stramien (met drie fasen) klinkt in de rechtspraak door in een uitspraak van de Hoge Raad uit 1918 die in het bovenstaande al even werd aangestipt.<sup>155</sup> De rechtbank kon in casu bewezenverklaren dat niet was gezorgd nu de oogbeschermingsbrillen niet waren gebruikt. *Na die bewezenverklaring* kwam de rechtbank volgens de Hoge Raad toe aan de beoordeling van het verweer dat wel was gezorgd.<sup>156</sup> De rechtbank had dienaangaande overwogen dat geen toezicht was gehouden. Naast dat dus in de eerste fase kon worden bewezenverklaard dat niet was gezorgd op basis van een bepaalde situatie, kon in casu vervolgens (stap 2) niet worden aangetoond dat in verband met genomen maatregelen toch wel was gezorgd: er was immers geen toezicht gehouden. Daarna (stap 3) kon enkel nog een beroep worden gedaan op de maximale zorg die van de geadresseerde in het concrete geval mocht worden verlangd. Uit de

<sup>153</sup> Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234.

<sup>154</sup> R Emmelink in zijn conclusie voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234, (alineea 7).

<sup>155</sup> Hoge Raad 28 januari 1918, NJ 1918, p. 261-263.

<sup>156</sup> Idem, m.n. p. 263.

bewoordingen van de Hoge Raad moet worden afgeleid dat ten aanzien van dit laatste stuk sprake is van 'aansprakelijkheid in verband met de zorgplichtschending' tenzij "*ingevolge algemeene beginselen van strafrecht schuld bij den beklaagde mocht ontbreken*".<sup>157</sup> Deze bijzin ziet specifiek op strafrechtelijke aansprakelijkheid *als sluitstuk*. Indien immers evident niet alle zorg is betracht, is de geadresseerde sowieso dader (kan hij namelijk noch de ongewenste situatie ontkennen, noch een beroep doen op de disculpatieregeling) en rest hem (uiteraard) alleen nog een gedeelte 'afwezigheid van alle schuld' als mogelijke redding.<sup>158</sup>

Van de zorggedraging zou aldus kunnen worden gezegd dat die uiteenvalt in een stramien van drie stappen. De eerste twee stappen (ongewenste situatie en disculpatieregelingen) vormen een duo en zijn gericht op het daderschap. De derde laatste stap is gericht op de verwijtbaarheid. Het gaat daarbij echter niet om de gehele verwijtbaarheidsvraag, maar om een gedeelte van de verwijtbaarheid. In paragraaf 3.2.1.3 is daarbij reeds stilgestaan. In onderhavige context is het van belang dat ten aanzien van het veronderstelde verwijtbaarheidselement verschillende verweren kunnen worden gevoerd. Een aantal daarvan komt tot uitdrukking in de schulduitsluitingsgronden in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht. Daarnaast bestaat een buitenwettelijke exceptie die de verwijtbaarheid aanvecht, te weten de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie. Onderdeel van die exceptie is het verweer waarin wordt aangevoerd dat de maximaal van de verdachte te vergen zorg door de verdachte is betracht. Gesteld wordt dan dat verdachte alles eraan heeft gedaan de situatie te voorkomen, maar dat die situatie zich desondanks aandienende. Dit was aan de orde in het Aflatoxine-arrest.<sup>159</sup> Daarin werd een 'maximaal te vergen zorg'-verweer gevoerd en aanvaard. De Aflatoxine-zaak eindigde in *ontslag van alle rechtsvervolgning*. In casu was dan ook niet vervolgd voor een zorgplichtschending. In de einduitspraak – ontslag van alle rechtsvervolgning – schuilt een belangrijk verschil ten opzichte van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Hoewel de enkele wettelijke zorgplichtschending zonder meer resulteert in daderschap,<sup>160</sup> zou het bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin succesvol aanvoeren dat alle mogelijk te vergen zorg is betracht, moeten leiden tot *vrijspraak*.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Idem, m.n. p. 263.

<sup>158</sup> Daarmee wordt dan wel weer het daderschap, namelijk de gedraging, aangevochten. Zie E. Gritter, 'De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83 en de navolgende alinea's.

<sup>159</sup> Hoge Raad 2 februari 1992, NJ 1993, 476.

<sup>160</sup> Zie paragraaf 5.5, en ook H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 164-165.

<sup>161</sup> Zie tevens E. Gritter, 'De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83, zie p. 70-72 en Dolman 2007. Gritter lijkt deze constructie van vrijspraak na een beroep op wat hij noemt 'zorgvuldig gedrag' te willen doorvoeren in het gehele materiële strafrecht. Dat is een interessante en tegelijkertijd onwenselijke gedachte. Naast dat het niet de meest fraaie constructie is omdat daderschap en verwijtbaarheid idealiter gescheiden behoren te blijven (vgl. bijvoorbeeld M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Enkele aspecten van dader-



Van belang is het op voorhand te benoemen dat daarmee uitdrukkelijk *niet* de totale verwijtbaarheid is beoordeeld. De andere onderdelen van de verwijtbaarheid komen conform de reguliere vormgeving van het procesrechtelijke beslissingsmodel op een later moment in de strafbaarheidsconstructie aan de orde. In het navolgende wordt voor wat betreft de verwijtbaarheid alleen stilgestaan bij het ‘afwezigheid van alle schuld’-verweer dat de ‘maximale zorg is betracht’ als onderdeel van het drie fasen stramien waarlangs de zorggedraging moet worden benaderd. Het stramien en met name de onderlinge verhouding van de fasen daarbinnen, wordt in het navolgende verder uitgewerkt aan de hand van ‘verweeren en motiveren’.

### *Omkering bewijslast?*

Gesteld zou kunnen worden dat een disculpatieregeling de geadresseerde mogelijk opzadelt met een zekere bewijslast, althans ten minste met een stelplicht. In geval zich namelijk een door de wetgever ongewenste situatie voordoet, is het uitgangspunt dat de geadresseerde als dader wordt gezien tenzij hij zich succesvol disculpeert. De geadresseerde kan zich disculperen door te laten zien dat hij de nodige bevelen heeft gegeven, de nodige middelen heeft verschaft, de nodige maatregelen heeft genomen en het redelijkerwijze te vorderen toezicht heeft gehouden. De hierboven aangehaalde disculpatieregelingen uit de Wet op de zeevaartdiploma's en de Wet goederenvervoer over de weg, spreken van ‘aantonen’. Ook in de Arbeidswet van 1911 werd in de disculpatiebepaling het woord ‘aantonen’ gebruikt. In de wetsgeschiedenis was echter niet bepaald sprake van consequent terminologiegebruik op dit onderdeel. Zo sprak de Minister bijvoorbeeld in

---

schap’, in: A.C. ‘t Hart, W. Nieboer, G.A.M. Strijards en M.J.H.J. de Vries-Leemans (red.), *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 315-331, zie p. 320), kennen andere bepalingen simpelweg traditionele gedragingen (doen en/of laten) die nu eenmaal juist wel of juist niet zijn begaan en die daderschap (maar nog geen strafbaarheid) opleveren *ongeacht de verwijtbaarheid*. Binnen die traditionele gedraging bestaat namelijk geen ruimte een oordeel te geven over de mate van betrachte zorg; dat is – conform het Aflatoxine-arrest (Hoge Raad 2 februari 1992, NJ 1993, 476) – aan de orde bij de verwijtbaarheid. Die verwijtbaarheid kan wegvallen maar dat maakt niet dat achteraf bezien toch geen (traditionele) gedraging is verricht. Dat dergelijke ruimte bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wel voorhanden is, komt door het zo bijzondere zorg-bestanddeel. Dat bestanddeel lijkt dergelijke bepalingen op hetzelfde moment juist zo verwerpelijk te maken en daardoor bepaald niet nastrevenswaardig. Daaraan doet de overweging van de Hoge Raad in het Zijpe-arrest bij de inkleuring van het ‘aanvaarden-criterium’ niet af (Gritter 2007, p. 68-69). Hetzelfde geldt voor het andere door Gritter gegeven voorbeeld van de culpoze gevolgsdelicten: dat zijn nu net bepalingen waarbij werkelijk alles ineenvloeit. Omdat in dergelijke culpoze gevolgsdelicten ongeveer het enige bestanddeel de culpa is, komt daarin inderdaad alles (gedraging/daderschap, schuld in enge zin, wederrechtelijkheid, verwijtbaarheid) terug bij de bewijsvraag zodat in wezen iedere schuldsluitingsgrond tot vrijspraak leidt maar om andere redenen (te weten wegens de systematiek van het materiële strafrecht) dan die Gritter aanvoert (dus niet wegens het vermeende antoniem van daderschap: zorgvuldig gedrag) (Gritter 2007, p. 64-66). Het op basis van deze uitzonderlijke constructies (zijnde de culpoze gevolgsdelicten, het corporatief daderschap en de zorgplichtbepalingen die Gritter overigens zoals gezegd onjuist benaderd, vgl. paragraaf 6.2) in het hele strafrecht doorvoeren van de lijn ‘avas – maximale zorg – vrijspraak’ is mij dan ook een stap te ver.

de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer van het bedrijfshoofd dat ‘aannemelijk moest maken’ en de werkgever die ‘in dit bewijs slaagt’.<sup>162</sup> Naast het inconsequente woordgebruik was men in het parlement ook verdeeld.<sup>163</sup> Uiteindelijk stond in de wettekst dat het hier om ‘aantonen’ ging. Om het leveren van onweerlegbaar bewijs ging het kennelijk niet en evenmin ging het om slechts het doen van een suggestie, het opwerpen van een vermoeden, het geven van een indicatie of het duiden op een aanwijzing. Gezegd zou kunnen worden dat ‘aantonen’ daar ergens tussenin zit, al lijkt bij de afweging tussen de uitersten de balans toch wel door te slaan richting de strengere bewijskant.<sup>164</sup> Ook in paragraaf 5.3.3.2.1 werd het voorbeeld gegeven van de werkgever die werd verplicht te zorgen dat in zijn werkplaats een bepaalde arbeidslijst aanwezig was. Zodra die lijst daar niet was en de opsporende instantie zulks ter zitting of in een proces-verbaal had verklaard, lag de bal bij de geadresseerde. Wil die laatste zich kunnen disculperen, ligt het op diens pad aan te voeren – en naar de letterlijke tekst aan te tonen – dat de lijst *wel* aanwezig was.<sup>165</sup>

In dit verband moet worden teruggevallen op de algemene benadering van de Hoge Raad op basis van het ‘aannemelijk worden’. Het initiatief ligt in beginsel bij de verdachte. Die verdachte hoeft slechts te *stellen*, en wat hij stelt moet – voor een geslaagd verweer – aannemelijk *worden* voor de rechter. De verdachte hoeft niet aannemelijk te *maken*.<sup>166</sup> Soms, te weten in geval uit de inhoud (van de stukken) van het dossier rechtstreeks en ernstig het vermoeden rijst dat een strafuitsluitingsgrond aanwezig is, hoeft de verdachte niets te stellen en is het ambtshalve aan de rechter zijn beslissing tot verwerping te motiveren althans aan de kwestie aandacht te besteden.<sup>167</sup> De vraag rijst wat de respons van de rechter zou moeten zijn op de verschillende mogelijke verweren ten aanzien van de zorggedraging.

### *Einduitspraken en motivering*

Wat zou de consequentie moeten zijn indien wel is ‘zorg gedragen’? Is van belang dat daartoe tijdens de verdediging wordt aangevoerd dat wel is gezorgd? Kan het bijzondere daderschap bij zorgplichtbepalingen in het concrete geval dan nog overeind blijven? Zou moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolgning of moeten worden vrijgesproken? Te rade moet worden gegaan bij onder meer oude jurisprudentie. De vraag is wat in de verschillende stadia de einduitspraak moet zijn en wat in geval van verwerping aan respons van de rechter mag worden verwacht. Het is van belang vier momenten te onderscheiden: (i) geen ver-

<sup>162</sup> *Handelingen I*, 1910/11, p. 595.

<sup>163</sup> *Handelingen II*, 1910/11, p. 1939-1942 en *Handelingen I*, 1911/12, p. 18.

<sup>164</sup> Aangezien het nooit zeker is of de geadresseerde in een dergelijk bewijs zal slagen, is volgens De Roos bij dergelijke constructies duidelijk de rechtszekerheid in gevaar, Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel politieke studie*, (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 127-129 en 227.

<sup>165</sup> *Handelingen I*, 1911/12, p. 18.

<sup>166</sup> Hoge Raad 10 juni 1975, NJ 1975, 465.

weer, (ii) ontkenning ongewenste situatie, (iii) beroep op disculpatie en (iv) afwezigheid van alle schuld wegens betrachten maximale zorg. De nummers (ii), (iii) en (iv) corresponderen met de drie delen van de zorggedraging.

*Ad i) geen verweer*

In geval niet een verweer wordt aangedragen met de strekking dat op welke wijze dan ook is gezorgd, zal de rechter voor daderschap kunnen volstaan met het bewijzen van een situatie: een onveilig vliegtuig is in een hangar aangetroffen (art. 1.3 Wet luchtvaart) of een, onder hoede van de verdachte staand, tweetaal honden rende door het veld en joeg schapen de sloot in (art. 425 onder 2 Sr). Dan hoeft door de strafrechter over de inhoud van het zorgen niets te worden overwogen. Het is immers, gezien de ten laste gelegde door de wetgever ongewenste situatie, duidelijk dat niet is gezorgd. Daarin staat dus niet een traditionele gedraging (doen en/of laten) van de dader centraal, maar de rechter zal wel apart aandacht moeten besteden aan het zich voordoen van de situatie. Dat hoort bij zijn bewijsopdracht. De situatie zal moeten worden bewezen, maar de rechter hoeft in beginsel,<sup>168</sup> in geval geen verweer wordt gevoerd, niet in te gaan op de mate waarin of de wijze waarop moest worden gezorgd. Meer doen is uiteraard niet verboden.

*Ad ii) ontkenning ongewenste situatie*

De zorggedraging kan op drie manieren worden aangevochten. De eerste is het ontkennen van de situatie en daarmee zeggen dat *wel* is gezorgd. Indien immers de door de wetgever ongewenste situatie, die ontstaat doordat niet is gezorgd, zich niet voordoet, dan kan niet worden bewezen dat niet is gezorgd in de door de wetgever bedoelde zin. Stel dat een verweer wordt gevoerd met de strekking dat de ongewenste situatie zich niet voordeed. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de luchtvaartmaatschappij die door de wetgever verplicht is te zorgen voor bekwaam personeel (art. 1.3 Wet luchtvaart). Die rechtspersoon kan het verweer voeren dat weliswaar geen diepgaande cursussen zijn gegeven, maar dat wel al het personeel een folder heeft gekregen met daarin tekst en uitleg en dat dus de door de wetgever ongewenste situatie zich niet voordoet aangezien het personeel wél bekwaam is zodat vrijspraak is aangewezen omdat de ongewenste situatie zich niet voordoet en dus wel is gezorgd. De vraag die rijst, is wat de rechter met een dergelijk verweer moet beginnen. Voordat daarop kan worden ingegaan, moet worden uitgewijd over responderen en verweren.

De algemene (nieuw wettelijke) regel van art. 359 lid 2, tweede volzin Sv stelt voorop dat de rechter op een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt sowieso moet responderen.<sup>169</sup> Ten aanzien van bijzondere bewijsverweren (Meer-en-Vaart en

<sup>167</sup> G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 654 en 731-732.

<sup>168</sup> Dit is alleen anders in geval de twijfel rechtstreeks blijkt uit het dossier.

<sup>169</sup> Hoge Raad 11 april 2006, NJ 2006, 393. Een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt is 'duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter gevoerd'.

Dakdekker) stelt de nieuwe regeling volgens Corstens en de Hoge Raad geen hogere eisen dan voorheen golden.<sup>170</sup> In Meer-en-vaart-situaties<sup>171</sup> zit in de bewijsvoering een hiaat. De bewezenverklaring laat een alternatieve mogelijkheid open die tegelijkertijd niet door de bewijsmiddelen wordt 'gedekt', in de zin van uitgesloten. In voornoemd denkbeeldig geval van de luchtvaartmaatschappij is geen sprake van een Meer-en-Vaart-situatie. De bewijsmiddelen dekken de lading afdoende en er zit geen gat in de bewijsvoering. Evenmin heeft zich een Dakdekker<sup>172</sup> of Houtopstand-verweer<sup>173</sup> aangediend. Het betreft niet een zodanig verweer omdat het niet gaat om de verkapte kwalificatie van bepaalde bestanddelen (bijvoorbeeld 'bekwaam' of 'personeel').

Indien in bovenstaand fictieve geval is gebleken dat ondanks voornoemde inspanning van de luchtvaartmaatschappij het personeel objectief niet in staat is de eigen naam te schrijven, zal vermoedelijk de rechter op basis van het betreffende bewijsmiddel dat op die ongewenste situatie ziet, menen dat niet de zorg is betracht die door de wetgever werd verlangd. Het gevolg daarvan is (i) dat bewezen wordt dat de ongewenste situatie is ontstaan en (ii) dat de geadresseerde als dader moet worden aangemerkt. De rechter hoeft op dit onderdeel van het verweer waarmee de zorggedraging wordt betwist niet expliciet te reageren omdat de weerlegging ('de ongewenste situatie deed zich wél voor') volgt uit de bewezenverklaring. Dit is een regulier bewijsverweer waarvan de weerlegging, zoals dat vroeger al gangbaar was, volgt uit de opgesomde bewijsmiddelen (voor zover niet sprake is van een 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt').<sup>174</sup> Dat zou mogelijk anders kunnen zijn bij de tweede fase van het bepalen van de zorggedraging, te weten daar waar de disculpatieregeling in het spel komt. Daarin wordt immers de door de wetgever ongewenste situatie niet ontkend, maar daarin wordt gesteld dat hoewel de ongewenste situatie zich inderdaad heeft voorgedaan en de geadresseerde in eerste instantie moet worden gezien als dader, de geadresseerde nochtans het objectief gezien nodige heeft betracht en daarom geacht moet worden aan zijn zorgverplichting te hebben voldaan. Daarover gaat de volgende alinea.

#### *Ad iii) beroep op disculpatie*

Meermaals is ondertussen aangegeven dat ter betwisting van de zorgplichtschending als tweede stap in een stramien van drie, als verweer kan worden gevoerd dat de nodige middelen zijn verschaft, bevelen gegeven, maatregelen genomen en het redelijkerwijs te vorderen toezicht is gehouden. Iets anders dat in het voorgaande eveneens duidelijk werd, is dat aan deze onderdelen van de dis-

---

<sup>170</sup> G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 723-724 en Hoge Raad 8 april 2008, NJ 2008, 231.

<sup>171</sup> Hoge Raad 1 februari 1972, NJ 1974, 450.

<sup>172</sup> Hoge Raad 16 februari 1982, NJ 1982, 411.

<sup>173</sup> Hoge Raad 20 juni 1978, NJ 1979, 41.

<sup>174</sup> G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 722-723 en Hoge Raad 11 april 2006, NJ 2006, 393.

culpatieregeling cumulatief dient te zijn voldaan. In zijn conclusie voor het hierboven al besproken arrest uit 1975 ziet Rammelink het als volgt. “*In gevallen echter, waarbij de zorgplicht in de delictsomschrijving zelve is opgenomen (dus bij Arbeidswet, Veiligheidswet enz.), ligt het voor de hand, dat men ook tot vrijspraak kan komen. Wie (ogenschijnlijk) niet heeft gezorgd, m.a.w. blijkbaar niet de door de wetgever niet gewenste situatie heeft vermeden, kan zich nochtans erop beroepen, dat hij wel heeft gedaan wat de wetgever in zo’n geval van de functionarissen verwacht, dus wel heeft ‘gezorgd’, en zal dan niet geacht kunnen worden de bestanddelen van de delictsomschrijving te hebben vervuld*”.<sup>175</sup> Men is het er in de weinige literatuur – die overigens grotendeels op Rammelink is terug te voeren die weer kan worden teruggevoerd op het proefschrift van Nolte – over eens: van een terecht beroep op een disculpatieregeling “*zal de consequentie moeten zijn, dat het telastegelegde - gij, werkgever hebt niet gezorgd - niet bewezen is, dus vrijspraak*”.<sup>176</sup> En aangezien art. 358 lid 3 Sv alleen betrekking heeft op strafuitsluitingsgronden en de disculpatieregeling van art. 76 Arbeidswet 1919 volgens de Hoge Raad expliciet geen strafuitsluitingsgrond betreft, hoeft – volgens de weinige auteurs die hierover hebben geschreven – de rechter *in beginsel* en bij de toenmalige stand van zaken, dat wil zeggen vóór art. 359 lid 2, tweede volzin Sv in werking trad, niet te responderen.<sup>177</sup> De weerlegging zou, net zoals hierboven ten aanzien van het aanvechten van de delictuele zorggedraging middels het ontkennen van de ongewenste situatie het geval was, blijken uit de bewezenverklaring. Toch kan daaraan wel worden getwijfeld.

De rechter hoeft in die bewezenverklaring namelijk slechts op te nemen welke situatie zich heeft voorgedaan (de eerste stap van de invulling van de zorggedraging). Maar de maatstaven uit de disculpatieregeling hoeven daarin niet te worden opgenomen; als die regeling in een apart artikellid is opgenomen, hoeft het niet voldaan zijn daaraan immers ook niet te worden ten laste gelegd. De verwerping van een eventueel verweer dat de nodige bevelen zijn gegeven, volgt daarom niet uit de bewezenverklarde situatie. Er zou beweerd kunnen worden dat de rechter meent dat niet de nodige bevelen zijn gegeven aangezien hij bewezenverklaart dat niet is gezorgd (en daarmee het verweer heeft verworpen), maar het bewezenverklaren doet de rechter, zoals gezegd, op basis van de ongewenste situatie (eerste stap). De disculpatieregeling (tweede stap) voorziet in de mogelijkheid dat ondanks dat kan worden bewezen dat niet is gezorgd (gezien de onge-

<sup>175</sup> A-G Rammelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (tweede alinea).

<sup>176</sup> A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht. Noyon-Langemeijer-Rammelink*, Deventer: Kluwer (losbl.), ‘Eerste boek, titel III, Inleiding, aantekening 5 Andere strafbaarheidsuitsluitingen’. Zie eveneens W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld - afwezigheid van alle schuld*, (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982, p. 150, voetnoot 11 en E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 134.

<sup>177</sup> H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 166-167 en J. Rammelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 271. Beiden verwijzend naar Hoge Raad 16 mei 1938, NJ 1938, 1019: art. 76 Arbeidswet 1919 is geen strafuitsluitingsgrond.

wenste situatie), achteraf moet worden gezegd dat tóch is gezorgd (gezien de disculpatieregeling). Met laatstgenoemde daderschapsuitsluitingsgrond hoeft de rechter echter niet ambtshalve rekening te houden (tenzij rechtstreeks en ernstig het vermoeden rijst dat daarvoor aanleiding is). Een aspect van de zorggedraging (te weten de vier onderdelen van de disculpatieregeling) komt aldus per definitie niet vanzelf aan de orde bij de bewezenverklaring. Zodra daarop echter verweer wordt gevoerd of zodra rechtstreeks en ernstig het vermoeden rijst dat de disculpatieregeling de verdachte zou kunnen lijken te bevrijden, is het aangewezen dat de rechter in zijn uitspraak motiveert waarom het verweer niet opgaat of waarom ondanks het rechtstreekse en ernstige vermoeden toch de verdachte niet wordt geacht aan zijn zorgverplichting te hebben voldaan. De rechter zou een disculpatieberoep kunnen passeren door bijvoorbeeld te overwegen dat, anders dan werd aangevoerd, de verschaft middelen objectief gezien niet de nodige waren en daarbij laten weten wat dan wel nodig was. Een gemotiveerde weerlegging is vereist omdat dergelijke verwerpingen nu eenmaal niet kunnen worden afgeleid uit het bewijs dat zich de ongewenste situatie heeft voorgedaan. Een typisch bewijsverweer is een beroep op een disculpatieregeling dus niet. Met de disculpatieregeling kan ondertussen evenwel het daderschap worden aangevochten. Indien dat slaagt is bewezenverklaring van de zorggedraging niet meer mogelijk. Dat het desondanks geen bewijsverweer is, maakt de werking complex.

Voorname situatie is door sommigen voorzichtig gekenmerkt als 'Meer- en Vaart'-geval. In zijn annotatie onder een in het bovenstaande al besproken arrest is 't Hart ontvankelijk voor de mening van Remmelink dat de Hoge Raad misschien een extra bewijsmotivering zou kunnen gaan toevoegen aan de 'Meer- en Vaart'-doctrine.<sup>178</sup> Remmelink wees inderdaad in zijn belangrijke conclusie uit 1975 op de Meer- en Vaartjurisprudentie. Hij verstond daaronder het geval waarin *"het verweer zodanig relevant is, dat dit, als het in de bewijsmiddelen niet reeds is verworpen, een extra-motivering verdient"*.<sup>179</sup> De huidige lezing ervan zit meer op de lijn: 'indien de bewezenverklaring een aangevoerde alternatieve mogelijkheid openlaat die door de bewijsmiddelen niet wordt uitgesloten, is extra motivering nodig'. Het zou goed kunnen dat zich bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin inderdaad een soort Meer-en-vaart-situatie voordoet indien een disculpatieverweer wordt gevoerd. Maar belangrijker dan hoe die situatie wordt aangeduid,<sup>180</sup> is de wens dat de rechter de eventuele verwerping van dergelijke verweren motiveert. De kwestie heeft zich in jurisprudentie nog niet voorgedaan, hetgeen ongetwijfeld weer samenhangt met het zeer geringe aantal vervolgingen voor schending van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in

<sup>178</sup> 't Hart in zijn annotatie onder Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782. Verwijzend naar J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 253-254 en 223-224. In J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 271 is de suggestie ongewijzigd gebleven.

<sup>179</sup> A-G Remmelink voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234 (vijfde alinea).

<sup>180</sup> J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 173.

enge zin dat bij de Hoge Raad terechtkomt. Desondanks kan in de literatuur wel een aantal medestanders worden gevonden voor de opvatting dat de disculpatieregeling tot extra motivering dringt.

Gesteld zou kunnen worden dat, enigszins parallel aan de opvattingen van Corstens<sup>181</sup> en Nijboer<sup>182</sup> die menen dat in geval van bijvoorbeeld verkapte strafuitsluitingsgronden die ondanks hun verschijningsvorm als bewijsverweer toch een responsieplicht creëren, de zorggedraging bij zorgplichtbepalingen dermate bijzonder is dat, hoewel de disculpatieregeling niets te maken heeft met strafuitsluiting maar alles met daderschapsuitsluiting en daarmee een zuiver bewijsverweer zou zijn, toch de verwerping van een dergelijk verweer gemotiveerd zou dienen te geschieden. In het bovenstaande schemerde al door dat Remmelink eveneens voorstander was van een dergelijke ruimere motiveringsplicht bij het betwisten van de zorggedraging en het ouderschap bij zorgplichtbepalingen.<sup>183</sup> In navolging van Remmelink staat ook 't Hart ten aanzien van voorgaande problematiek bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, open voor een grotere responsieplicht voor de rechter in het kader van zorgplichtbepalingen in enge zin.<sup>184</sup>

De responsieverplichting hangt tegenwoordig voornamelijk af van de kwaliteit van het 'uitdrukkelijk onderbouwde standpunt'. Mocht die kwaliteit toereikend zijn, dan lijkt het opportuun dat de rechter niet slechts de bewijsmiddelen laat spreken, maar zelf ook antwoordt op hetgeen is aangevoerd. In geval in het geheel niet wordt verweerd, hoeft de rechter slechts een motiveringsstap extra te doen indien daarvoor een rechtstreeks en ernstig vermoeden rijst. Of aan de cumulatieve onderdelen van de disculpatieregeling zal zijn voldaan, hangt af van de omstandigheden van het geval. De rechter oordeelt daarover. Hij zal, in geval een disculpatieverweer wordt gevoerd, moeten nagaan of de zorg is betracht die *objectief* kon worden betracht. Het gaat hierbij niet om de subjectieve zorg in het concrete geval. Op basis van de al ten dele besproken oudere jurisprudentie, moet Remmelink worden gevolgd in zijn opvatting dat de wetgever en de Hoge Raad zich op het standpunt van de 'gepreasumeerde objectieve zorgplicht' hebben gesteld.<sup>185</sup> Dit geldt voor de invulling van de zorggedraging aan de hand van de disculpatieregeling. De werking daarvan is objectief, ongeacht de persoonlijke kwaliteiten of omstandigheden van de geadresseerde. Voor zover die persoonlijke omstandigheden van belang zijn, kunnen zij aan de orde komen bij het beroep op

<sup>181</sup> G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 725.

<sup>182</sup> J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 171 en 173.

<sup>183</sup> J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 271 en in zijn conclusie voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234.

<sup>184</sup> 't Hart in zijn annotatie onder Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782. Verwijzend naar J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 253-254 en 223-224. In J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 271 is de suggestie ongewijzigd gebleven.

<sup>185</sup> Conclusie voor Hoge Raad 9 december 1975, NJ 1976, 234.

afwezigheid van alle schuld in verband met het hebben betracht van de maximaal te vergen zorg.

*Ad iv) afwezigheid van alle schuld wegens betrachten maximale zorg*

De laatste manier om de zorggedraging aan te vallen en te betwisten dat niet is gezorgd, houdt verband met de algemene schuldexceptie 'afwezigheid van alle schuld'. In geval verweer wordt gevoerd met de strekking dat de verdachte persoon, de geadresseerde, alles heeft gedaan wat in zijn macht lag en alle zorg heeft gedragen die geveerd zou kunnen worden dan zou, indien het wordt aanvaard, moeten worden *vrijgesproken*.<sup>186</sup> Voor de voorgaande stappen van het betwisten van de zorggedraging was dat boven alle twijfel verheven, bij onderhavig verweer hoeft dat misschien niet voor iedereen zo te zijn. Desondanks wordt het ook vrij letterlijk zo gesteld door bijvoorbeeld de Hoge Raad<sup>187</sup> in 1934. In een arrest uit 1934 stond een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling centraal.<sup>188</sup> In casu was in strijd met de Arbeidswet 1919 bepaalde arbeid verricht zodat de verdachte niet kon worden gezegd conform het toenmalige art. 74 Arbeidswet 1919 (oud) te hebben gezorgd dat die arbeid niet werd verricht. De lagere rechter had vervolgens overwogen dat de verdachte parallel aan – maar niet als invulling van – de disculpatieregeling uit art. 76 Arbeidswet 1919 (oud) alles had gedaan om de naleving van de bepalingen waarvoor hij verplicht was te zorgen te verzekeren en de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolgning. De Hoge Raad overwoog *“dat dit echter – naar luid van art. 76 lid 1 Arbeidswet 1919 – insluit, dat gerequireerde geacht moet worden wél aan zijn in art. 74 der wet omschreven verplichting te hebben voldaan; dat derhalve de beslissing der Rechtbank – ondanks bewezenverklaring en qualificatie – niet anders kan worden beschouwd dan als een vrijspraak van het gerequireerde bij dagvaarding telastgelegde”*.<sup>189</sup> Annotator Taverne die het arrest mede had gewezen, meende dat de lagere rechter hier tot een conclusie was gekomen dat *“enerzijds de verdachte, gelijk hem is ten laste gelegd, niet heeft gezorgd, dat de verboden arbeid niet werd verricht en anderzijds dat hij redelijkerwijze het zijne heeft gedaan om de naleving van de wettelijke voorschriften te verzekeren”*. Hij voegde daaraan toe dat indien aan de verplichting wordt geacht te zijn voldaan, dan aan de opvatting van de Hoge Raad (om vrij te spreken) de voorkeur moet worden gegeven. Ook door 't Hart wordt in zijn annotatie onder een in het bovenstaande al besproken arrest uit 1993 blijkt gegeven van dezelfde opvatting.<sup>190</sup> In geval van verwerping van de schulduitsluitingsgrond dient de rechter die beslissing te motiveren.

Over de verhouding tussen 'disculpatie'-verweren en 'maximale zorg'-

---

<sup>186</sup> Vergelijk in een andere context E. Gritter, 'De antonimiteit van ouderschap en zorgvuldig gedrag', in: B.F. Keulen e.a. (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 68-83, zie p. 70-72.

<sup>187</sup> Hoge Raad 19 november 1934, NJ 1935, p. 349-351, m.nt. Taverne.

<sup>188</sup> Idem.

<sup>189</sup> Idem.

<sup>190</sup> Annotator 't Hart onder Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782 (alineä 4).



verwerpen kan onduidelijkheid bestaan. Zojuist werd al even gewezen op de annotatie van 't Hart onder een arrest van de Hoge Raad. Die annotatie en dat arrest zijn in het bovenstaande al eerder voorbij gekomen. Omwille van de duidelijkheid kan er niet aan worden ontkomen een aantal overwegingen hier te herhalen. Het hof meende in tweede instantie niet op een 'afwezigheid van alle schuld'-verweer te hoeven reageren omdat de disculpatieregeling van de Veiligheidswet 1934 was ingetrokken. Het Hof had overwogen: *"Namens verdachte is voorts een beroep gedaan op het bepaalde in art. 29 jo art. 7 Veiligheidswet 1934. Nu blijkt het bepaalde in art. 46 Arbo-wet de Veiligheidswet met ingang van 1 jan. 1983 is ingetrokken behoeft naar het oordeel van het hof niet op dit beroep te worden ingegaan"*.<sup>191</sup> Die redenering hield bij de Hoge Raad geen stand. Van belang is dat zijdens de verdediging het betreffende beroep herhaaldelijk was aangemerkt als 'afwezigheid van alle schuld'-verweer. Zoals in het bovenstaande al voorzichtig doorschemerde, is die aanduiding op zijn zachtst gezegd ongelukkig en wat harder gezegd bepaald onjuist: niet de schuld maar het daderschap wordt immers aangevochten met een beroep op een disculpatieregeling. De Hoge Raad overwoog (r.o. 5.3.7) *"Weliswaar heeft het hof met juistheid overwogen dat de Veiligheidswet 1934, en dus ook art. 29 van die wet, bij art. 46 Arbo-wet is ingetrokken, maar dit leidt er niet toe dat maatstaven als hier zijn verwoord [te weten nodige bevelen, maatregelen, middelen en redelijkerwijze toezicht – BK] niet meer in aanmerking behoren te komen bij de beoordeling van de gegrondheid van een beroep op afwezigheid van alle schuld als hier is gedaan"*.<sup>192</sup> Bij de eerdere bespreking was dit citaat ontdaan van de aanduiding 'afwezigheid van alle schuld' van het hoogste rechtscollege. Of de Hoge Raad zich hier heeft vergist en in navolging van de raadsman eveneens spreekt van een 'afwezigheid van alle schuld'-verweer (waar het dus eigenlijk als een disculpatieverweer zou moeten worden aangeduid of een aanduiding met die strekking had moeten krijgen, althans geen 'afwezigheid van alle schuld'-benaming) of dat de Hoge Raad hoflijk is naar de verdediging en de gekozen terminologie met de afsluitende woorden 'een beroep als hier is gedaan' subtiel corrigeert, wordt niet duidelijk. Annotator 't Hart vindt de aanduiding problematisch en geeft de lezer mee dat hij bewust zich in zijn annotatie niet heeft willen uitdrukken in termen van 'disculpering' en 'afwezigheid van alle schuld'. Hij drukt zich daarom in het bovenstaande in de eerder aangehaalde citaten uit middels de termen 'bevrijdend werken' en 'straffeloosheid'. Hij verhuult zijn twijfels niet en vraagt zich, doelend op de disculpatieregeling, hardop af: *"wat voor verweer is nu zo'n verweer dat [...] tot straffeloosheid zou kunnen leiden?"*<sup>193</sup> Hij merkte op dat de Hoge Raad in het voetspoor van het aangevoerde middel lijkt te zijn getreden en het verweer aanmerkt als 'afwezigheid van alle schuld'-verweer. Opnieuw twijfelend schrijft 't Hart daarover: *"Maar is dat juist, moet het verweer inderdaad worden gerangschikt onder de avas-verwerpen, gelet op de ten-*

<sup>191</sup> Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782.

<sup>192</sup> Idem.

<sup>193</sup> 't Hart in zijn annotatie onder Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782, alinea 4.

*lastelegging en bewezenverklaring waarin het gaat om een schending van een zorgplicht [...]?*”. Deze twijfels, zo was al aan de orde, zijn begrijpelijk. Het beroep op een (niet meer bestaande) disculpatieregeling vecht de zorggedraging en daarmee het ouderschap aan. Is het dan wel of niet een beroep op een ongeschreven schulduitsluitingsgrond? Het is belangrijk te constateren dat ook ‘t Hart zich niet geheel kan vinden in de uitspraak van de Hoge Raad. Vervolgens constateert ‘t Hart dat dit type verweer dan eigenlijk een bewijsverweer is en daarom vermoedelijk aan de orde zou moeten komen voor de vraag naar de strafbaarheid van de dader. Tot slot begint ‘t Hart de afronding van zijn annotatie met een voorzichtige, navolgenswaardige suggestie die in lijn ligt met, en daardoor aansluit bij, het hierboven in de verschillende alinea’s al geschrevene. *“Wellicht kan onder omstandigheden, na bewezenverklaring van de schending van de zorgplicht, toch nog een zekere mogelijkheid bestaan voor een avasberoep. De redenering zou dan moeten zijn, dat in de zorgplicht niet de totale verwijtbaarheid opgaat”*.<sup>194</sup> In deze benadering komt slechts een deel van de verwijtbaarheid aan de orde bij de bewijsvraag en wel in het teken van het ouderschap en de zorggedraging. Logischerwijs zou dat het gedeelte van het ‘afwezigheid van alle schuld’-verweer zijn dat betrekking heeft op het in acht nemen van de ‘maximaal te vergen zorg’. De andere varianten binnen het ‘afwezigheid van alle schuld’-leerstuk komen dan systematisch aan de orde bij de vraag naar de verwijtbaarheid. Daarover is in het voorgaande al een en ander gesteld, maar ter verduidelijking nog het volgende.

In paragraaf 3.2.1.3 werd stilgestaan bij verschillende vormen van de ‘afwezigheid van alle schuld’-excepties. Eén daarvan is hier belangrijk, te weten die waarin wordt aangevoerd dat de ‘maximaal te vergen zorg is betracht’. Niet ieder ‘afwezigheid van alle schuld’-verweer leent zich voor het betwisten van de zorggedraging zodat die andere onderdelen van afwezigheid van alle schuld aan de orde zijn bij de vraag in het beslissingsmodel die ziet op de verwijtbaarheid (bijvoorbeeld fysieke onmacht: ‘de remmen deden het niet’ of dwaling ten aanzien van het recht: ‘ik mocht te goeder trouw af gaan op het oordeel van de professional’). Voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen geldt dat het deel van afwezigheid van alle schuld dat het bestanddeel ‘zorgen’ onderuit kan halen (te weten het verweer dat de maximaal te vergen zorg is in acht genomen), aan de orde is bij de bewijsvraag. Dit verweer dat alle in het concrete geval te verlangen zorg is betracht die had kunnen worden betracht, zal over het algemeen niet licht worden aanvaard.<sup>195</sup> Dat het verweer in geval van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wordt weerlegd in de bewezenverklaring houdt niet in dat de rechter niet hoeft te motiveren waarom hij niet openstaat voor het verweer. Dat de rechter het verweer verwerpt, zal hij moeten toelichten, zo volgt uit het zojuist besproken arrest van de Hoge Raad en de annotatie van ‘t Hart.<sup>196</sup> Verrassend is dat niet: het is een beroep op een strafuitsluitingsgrond waarmee

<sup>194</sup> ‘t Hart in zijn annotatie onder Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782, alinea 5.

<sup>195</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, 361-362.

<sup>196</sup> Hoge Raad 18 mei 1993, NJ 1993, 782, r.o. 5.3.7, m.nt. A.C. ‘t Hart, alinea 5.

een gedeelte van de verwijtbaarheid wordt betwist en valt binnen het bereik van art. 358 lid 3 Sv.

### 6.3.1.2.3 Tussenstand

Hoewel de afwezigheid van nog vigerende disculpatieregelingen geen afbreuk doet aan wat door die regelingen inhoudelijk over het zorgen is meegegeven, heeft het uitsterven van deze disculpatieregelingen ten aanzien van zorgplichtbepalingen tot gevolg dat, aansluitend bij de vorige paragraaf (paragraaf 6.3.1.1) – waarin duidelijk werd dat ook de bijvoeglijk naamwoorden ‘voldoende’ en ‘zoveel mogelijk’ (die aan het zorgbestanddeel voorafgaan) in werkelijkheid geen inkleuring van het zorgen behelzen – moet worden vastgesteld dat de zorggedraging zelf tegenwoordig nergens in een wettelijke regeling wordt ingekleurd.<sup>197</sup> Dat laat onverlet dat de invulling die ooit in disculpatieregelingen aan het ‘zorgen’ is gegeven, wél van belang blijft. De uitleg van het ‘zorgen’ in disculpatieregelingen geldt in gelijke mate ten aanzien van de zorggedraging in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die niet vergezeld gaan van een disculpatieregeling.

De disculpatieregeling is in feite de enige objectieve mogelijkheid voor de geadresseerde om aan het ouderschap te ontkomen. Tot dat ouderschap kan (reeds) worden geconcludeerd op basis van het (enkele) ontstaan van een door de wetgever ongewenste situatie. Op basis van de betreffende ‘door de wetgever ongewenste situatie’ wordt het ouderschap immers verondersteld, zonder dat daarvoor een gedraging in traditionele zin (het complex van doen en/of laten) hoeft te zijn begaan. Daaraan ontkomt de geadresseerde slechts indien hij zich kan disculperen. De geadresseerde wordt in dit kader geacht aan zijn verplichting te zorgen te hebben voldaan indien hij de nodige bevelen heeft gegeven, de nodige maatregelen heeft genomen, de nodige middelen heeft verschaft en het redelijkerwijs te vorderen toezicht heeft gehouden. Wordt dat niet aannemelijk, dan rest hem, voor wat betreft het ouderschap naar aanleiding van de zorgschending en de betwisting daarvan, nog slechts een beroep op de ‘afwezigheid van alle schuld’-exceptie dat hij de maximaal te vergen zorg heeft betracht die in het concrete geval van de geadresseerde als subjectief individu kon worden verlangd.

Slaagt de geadresseerde erin met één van deze verweren de zorggedraging te betwisten, dan volgt vrijspraak. Gaat de rechter niet mee in het disculpatieverweer of het maximale zorg verweer, dan zal de rechter die verwerping moeten motiveren. Van belang is voorts dat de verschillende cumulatieve onderdelen van de disculpatieregeling objectief moeten worden ingevuld en dat voor de subjectieve mogelijkheden van de geadresseerde slechts ruimte is bij het ‘maximale zorg’-verweer.

<sup>197</sup> Het gaat bij deze inkleuring niet om bijvoorbeeld vergunningsvoorwaarden of Algemene maatregelen van bestuur waarin voorschriften staan opgenomen waarop de zorgplichtbepaling betrekking heeft. Weliswaar staan daarin veelal feitelijke toelichtingen, maar daarin wordt niet het materieelrechtelijke functioneren van de zorggedraging bepalend beïnvloed.

### 6.3.1.3 Slotsom

Hoewel in sommige bepalingen het ‘zorgen’ nader lijkt te worden ingekleurd met de term ‘voldoende’ is daarmee in feite over de zorggedraging niets gezegd. De zorggedraging kent geen gradaties. De wetgever verlangt *alle zorg* en de verhoudingen verschillen onderling per delict niet. Met disculpatieregelingen en de daarop in het verleden gegeven toelichtingen is over de zorggedraging wel iets gezegd. De onderzochte hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin kennen tegenwoordig echter helemaal geen disculpatieregeling meer. De disculpatieregelingen van begin twintigste eeuw zijn desondanks wel van grote invloed geweest op de inhoud die aan het ‘zorgen’ over de volle breedte is gegeven en hebben hun werking behouden. Ze zijn dan ook nog steeds van grote invloed. Een aantal stappen moet in het kader van ouderschap worden gezet.

(i) Het is niet zo dat de geadresseerde niet heeft gezorgd als hij niet de middelen heeft verschaft, bevelen heeft gegeven, maatregelen heeft genomen en toezicht heeft gehouden. Nee, de geadresseerde heeft niet gezorgd als zich de – als zodanig door de wetgever aangegeven – ongewenste situatie voordoet.

(ii) De geadresseerde heeft wél gezorgd als hij de nodige middelen heeft verschaft, bevelen heeft gegeven, maatregelen heeft genomen en toezicht heeft gehouden. Deze cumulatieve onderdelen zijn objectief na te gaan en staan los van wat in het specifieke geval van de geadresseerde ‘redelijk/begrijpelijk/acceptabel’ was. De disculpatieregeling kan worden gezien als ouderschapsuitsluitingsgrond en in ieder geval niet als strafuitsluitingsgrond.

(iii) De persoonsgebonden uitsluiting (wat in het geval van de geadresseerde ‘redelijk/begrijpelijk/acceptabel’ was) voltrekt zich via het ‘afwezigheid van alle schuld’-leerstuk voor zover het het verweer betreft dat de geadresseerde – in zijn concrete geval – de maximale zorg heeft betracht. Daarmee wordt het gedeelte van de verwijtbaarheid betwist dat voor een klein deel in de zorggedraging kan doorklinken.

(iv) De aanvaarding van verweren gevoerd op basis van (i), (ii) en (iii) resulteert in vrijspraak.

(v) De verwerping van verweren gevoerd op basis van (i), (ii) en (iii) resulteert in beginsel in een bewezenverklaring van het tenlastegelegde maar is voor wat betreft (ii) in lijn met de ‘Meer- en Vaart’ en ‘Dakdekker’ jurisprudentie wel een bijzonder geval en voor wat betreft (iii) een uitsluitingsgrond in de zin van art. 358 lid 3 Sv, zodat voor de nummers (ii) en (iii) de *gemotiveerde* verwerping van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt (art. 359 lid 2 Sv) in dergelijke gevallen is aangewezen.

Daarmee is de analyse van de zorggedraging vrijwel compleet. Een bijzonder onderdeel moet nog worden besproken, te weten het corporatief ouderschap. Dit onderzoek is gericht op het primaire ouderschap (plegerschap). Twee typen van personen kunnen primaire vader zijn: natuurlijke personen en rechtspersonen. Van die twee, vormen de rechtspersonen van nature een apart geval. In de inlei-

ding van paragraaf 6.3 is aangekondigd dat ook de positie van het corporatief daderschap zou worden gezien tegen de achtergrond van de (verklarde) materiele rechtelijke werking van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. De afwezigheid van een vereiste traditionele gedraging, zoals die inhoud van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin in paragraaf 6.2 namelijk is geanalyseerd, biedt een interessante ingang naar het strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen.

### 6.3.2 Corporatief daderschap

In deze paragraaf wordt besproken hoe de ogenschijnlijk uit het oog verloren werking van strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, die hiervoor enigszins werd afgestoft, van belang kan zijn voor het corporatief daderschap. In het voorgaande is beoogd duidelijk te maken dat in de uiterste vorm het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel, geen doen of laten is. Het is handeling noch gedraging in traditionele zin. Het 'zorgen' is geen bewerkstelligen. Zorgen heeft een geheel eigen betekenis en staat daarom los van de gedraging in traditionele zin die een complex van doen en/of laten omvat. De wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling onderscheidt zich doordat voor daderschap slechts sprake hoeft te zijn van een als het ware 'gedragingloze' situatie.

Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen lijken met deze uitleg een handvat te bieden voor een andere, mogelijk betere, theoretische constructie van strafrechtelijk daderschap bij rechtspersonen. Rechtspersonen zijn fysiek immers niet tot een gedraging in staat. Daardoor zou het daderschap van zorgplichtbepalingen – waarbij dus geen traditionele gedraging nodig is – de corporaties op het fictieve lijf geschreven kunnen zijn. Het is wenselijk de consequenties van de bijzondere daderschapsconstructie bij zorgplichtbepalingen ten aanzien van rechtspersonen te bezien omdat daarmee een nieuwe blik op de invulling ervan kan worden geworpen.

Beweerd wordt wel dat de Zijpe-doctrine het gehele strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen beheerst. Dat impliceert dat geen ruimte zou bestaan voor een vorm van corporatief daderschap die anders werkt en naast het functionele daderschap van het Zijpe-arrest zou moeten worden geplaatst. In deze paragraaf wordt onderzocht of naast het Zijpe-arrest ruimte zou (behoren te) kunnen bestaan voor rechtstreeks corporatief daderschap waarin niet een (traditionele) gedraging wordt toegerekend maar waarin de rechtspersoon dader kan zijn in verband met een bepaald 'zorgen'. Mogelijk leidt dat tot een beter begrip of een betere inhoud van het corporatief daderschap. In het onderstaande volgt eerst een korte weergave van de geschiedenis van rechtspersonen in het strafrecht. Daarna wordt in paragraaf 6.3.2.1 het functionele corporatief daderschap besproken en in paragraaf 6.3.2.2 het rechtstreekse corporatief daderschap.

*Voorgeschiedenis: Code Penal*

Het is niet altijd vanzelfsprekend geweest dat rechtspersonen binnen het bereik van het strafrecht vallen en bestraft kunnen worden. Bij het eerste artikel<sup>198</sup> van de gedurende het leeuwendeel van de negentiende eeuw geldende Code Penal, is over rechtspersonen bijvoorbeeld het volgende commentaar geschreven: *“Naar den regel, die in het gehele Wetb. van Strafr. ligt opgesloten, worden door aan misdrijf schuldige personen geene zedelijke lichamen, maar alleen fysieke personen bedoeld. Worden echter bij speciale verordeningen tegen zedelijke lichamen uitdrukkelijk straffen bedreigd, dan kunnen deze in regten betrokken worden”*.<sup>199</sup> Slechts bij speciale verordeningen konden rechtspersonen worden betrokken in het strafrecht. Incidenteel konden rechtspersonen echter ook in het commune strafrecht wel een rol spelen en hun bestaan werd strafrechtelijk dan ook geenszins ontkend. Dat is bijvoorbeeld te lezen in commentaar uit 1876 bij art. 386 onder 4 Code Penal: *“De Rijn-Spoorweg Maatschappij, als zijnde eene onderneming belast met het vervoer van personen en goederen te land, moet gehouden worden voor een voerman (voiturier) in den zin van dit Art. – De bestellers dier maatschappij zijn dus bedienden van een voerman”*.<sup>200</sup> Het personeel van de voerman, die kennelijk ook rechtspersoon kon zijn, zou eventueel bestraft kunnen worden. Het zedelijke lichaam, de rechtspersoon zelf, was voor bestraffing niet vatbaar. *“Kunnen stichtingen delicten begaan en hierom gestraft worden? Als antwoord zou men de vraag kunnen stellen: hoe zouden zij te treffen zijn? Stichtingen kunnen geenen wil hebben, men zou het beginsel van strafrecht, dat de misdadiger en de bestrafte dezelfde moet zijn, verzaken, want men verwisselt den rechtspersoon met zijnen bestuurder. [...] Het vertegenwoordigen der stichting kan alleen voor het burgerlijk, niet voor het strafrecht gevolgen hebben”*.<sup>201</sup> Voor Van Lanschot, auteur van deze overweging, was het in de negentiende eeuw kennelijk glashelder en stond de afwezigheid van een rol voor het strafrecht ten aanzien van corporaties niet ter discussie. Dat gold toentertijd niet alleen ten aanzien van de door Van Lanschot besproken stichtingen. Het was de teneur ten opzichte van vrijwel alles wat met rechtspersonen samenhang: het strafrecht kon daarmee niets te maken hebben.<sup>202</sup>

<sup>198</sup> Daarin stond de dieldeling misdrijf-wanbedrijf-overtreding aangegeven. Welke van de drie aan de orde was, hing af van de daarop gestelde straf.

<sup>199</sup> Aantekening 10, artikel 1 Code Pénal, G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 5.

<sup>200</sup> Aantekening 8, artikel 386 onder 4 Code Pénal, G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876, p. 419. Onder verwijzing naar HR 14 februari 1848, *Verzameling van Arresten van Van den Honert* 1857, deel I, nummer 1365, p. 426; *Nederlandsche Regtspraak* deel LVII, nummer 35, p. 173; *Weekblad van het Regt*, nummer 2007.

<sup>201</sup> F.A.J. van Lanschot, *Stichtingen als rechtspersonen beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Jacobs Hazenberg, Corns. Zoon. 1856, p. 56.

<sup>202</sup> R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 6-10.

*Voorgeschiedenis: Wetboek van Strafrecht van 1886*

Na de Code Penal kreeg Nederland zoals bekend een eigen Wetboek van Strafrecht. Modderman heeft het in een vaak weergegeven citaat helder verwoord: *“Een strafbaar feit kan alléén worden gepleegd door den natuurlijke persoon. De fictie der rechtspersoonlijkheid geldt niet op het gebied van het strafregt. Alzoo, waar de strafwet wordt overtreden door het besluit eener vereeniging, hetzij dan rechtspersoon of niet volgens de begrippen van het privaat regt, treft de strafbepaling slechts hen wier persoonlijke medewerking tot het besluit of de daaraan gegeven uitvoering bewijsbaar is”*.<sup>203</sup> Desondanks bestonden op dit uitgangspunt verschillende uitzonderingen die met name in het fiscale strafrecht voorkwamen.<sup>204</sup> Bovendien is het niet zo dat rechtspersonen voor de commune strafwetgever in het geheel niet bestonden. In verscheidene bepalingen kwamen rechtspersonen terug. Te denken valt aan art. 347 Sr (oud) waarin een ‘naamlooze vennootschap of coöperatieve vereeniging’ werden genoemd.<sup>205</sup> Rechtspersonen werden echter niet in staat geacht als zelfstandige entiteit te worden bestraft.

In deze gedachtegang is langzaam maar zeker verandering gekomen. In 1951 werd de fictie van de rechtspersoon in het bijzondere strafrecht expliciet erkend in art. 15 WED. Daarna werden in 1976 alle beperkingen opgeheven en kreeg met art. 51 Sr de rechtspersoon een eigen plaats in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht.<sup>206</sup> Zodoende worden rechtspersonen tegenwoordig verondersteld strafbare feiten te kunnen begaan zoals natuurlijke personen en kunnen zij daarvoor evenzeer worden bestraft. Deze ontwikkeling is in 1984 uitputtend door Torringa beschreven.<sup>207</sup>

*Criteria voor corporatief daderschap*

Een belangrijke vraag is sindsdien geweest hoe een rechtspersoon gedragingen zou kunnen begaan en tot dader kan worden. *“Op het moment van het inwerking-treden van art. 51 Sr kon geen enkele rechtspersoon met enige precisie zeggen in welke gevallen zij op grond van welk criterium strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zou worden”*.<sup>208</sup> Aan het wegnemen van voornoemde onduidelijkheid wordt nog altijd gewerkt, en snel gaat dat niet. Tegelijkertijd blijven de mogelijkheden om

<sup>203</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, Deel I, p. 450-451.

<sup>204</sup> Hazewinkel-Suringa 1956, p. 53-54 en D. Simons 1927, p. 172.

<sup>205</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, Deel III, p. 22.

<sup>206</sup> Nieboer sprak van een weinig elegante regeling, W. Nieboer, ‘Verzuim’, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 455-464, zie p. 458.

<sup>207</sup> R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 1-78.

<sup>208</sup> P.A.M. Mevis, ‘Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht’, in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-35, zie p. 28, nt. 57.

rechtspersonen in rechte te betrekken zich uitbreiden. De speelruimte voor het Openbaar Ministerie om regelschennende rechtspersonen te bestrijden, dijt uit. Het Openbaar Ministerie staan “*vele objecten van vervolging ter beschikking*”.<sup>209</sup> Dat impliceert dat veel ruimte bestaat ten aanzien van de wijze van vervolging en het veronderstelt eigenlijk dat de rechtspersoon geen kant meer op kan omdat het Openbaar Ministerie of een toezichthouder hem linksom of rechtsom toch wel te pakken zal krijgen. Van Heffen meent dan ook dat indien binnen de onderneming strafbare gedragingen worden begaan, rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de onderneming ook werkelijk zal worden bestraft.<sup>210</sup> De conclusie daarentegen van Hendriks dat de rechtspersoon het vrijwel altijd heeft gedaan, gaat Van Elst te ver.<sup>211</sup> Of corporaties over het algemeen eenvoudig en snel strafbaar zijn en strafrechtelijk kunnen worden aangesproken, valt nog maar te bezien. In het navolgende zal worden onderzocht wat hetgeen in het bovenstaande is gezegd over strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin toevoegt aan het begrip en de toepassing van corporatief ouderschap. Eerst zal daartoe de gangbare benadering van corporatief ouderschap moeten worden uiteengezet.

### 6.3.2.1 Functioneel corporatief ouderschap

Toen eenmaal de rechtspersoon als zelfstandig rechtssubject in het strafrecht werd gezien, rezen vragen op welke wijze invulling zou moeten worden gegeven aan het ouderschap. De criteria aan de hand waarvan het corporatieve ouderschap kan worden vastgesteld, zijn niet over één-nacht-ijds vastgesteld (zie voorts paragraaf 3.2.3).

#### *Ontwikkeling corporatieve ouderschapscriteria*

De Hullu wijst erop dat, hoewel in art. 15 WED (oud) werd vastgelegd dat rechtspersonen economische delicten konden begaan, bij die regeling niemand nader wilde ingaan op de bijbehorende belangwekkende theoretische kwesties. De wetgever wilde de ontwikkeling van het leerstuk niet in de weg staan en daarom werden in 1951 geen nadere keuzen gemaakt.<sup>212</sup> Bij de invoering van art. 15 WED (oud) werd de rechter de vrije hand gelaten in afwachting van de praktijk. Blijkens de memorie van toelichting is in art. 15 lid 1 WED (oud) neergelegd dat rechtspersonen economische delicten kunnen begaan en dat welbewust *geen* stelling is genomen ten aanzien van de vraag of het daarbij gaat om een constructie naar analogie van de natuurlijke persoon of dat een rechtspersoon van nature

---

<sup>209</sup> R.D. van Heffen, ‘Van Slavenburg en IJzerdraad, via Zijpe (NH), naar Ahold’, *Onderneming en Financiering*, 2006 (73), p. 31-35, zie p. 32.

<sup>210</sup> Idem, zie p. 35.

<sup>211</sup> R. van Elst, ‘Ouderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest’, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 435, verwijzend naar slotzin van de noot van Hendriks onder het Zijpe-arrest in *Milieu en Recht* 2004, 53.

<sup>212</sup> J. de Hullu, ‘Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk ouderschap van rechtspersonen’, in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 273-288, zie p. 275.



tot het begaan van een strafbaar feit in staat is.<sup>213</sup> Laatstgenoemde opvatting werd door de regering, zo die 'niet reeds in de wetenschap aanwijsbaar was', dan toch zeker mogelijk geacht.

In het tweede lid van art. 15 WED (oud) stond opgenomen wanneer een strafbaar feit geacht werd te zijn begaan door een rechtspersoon, maar dat was niet limitatief bedoeld zodat ook daar de rechter de vrije hand werd gelaten.<sup>214</sup> Met het tweede lid van art. 15 WED (oud) werd slechts beoogd duidelijk te maken dat onder de daar omschreven voorwaarden *in ieder geval* sprake is van het begaan van een economisch delict door een rechtspersoon. Van de in het tweede lid gebruikte 'sfeer' is uiteindelijk wel een, volgens Hollander wijldlopijge, definitie gegeven in de memorie van antwoord: "*de sfeer van de rechtspersoon, waarvan in het 2e lid van artikel 15 sprake is, duidt aan dat het feit begaan is door personen, die in zodanige verhouding tot de rechtspersoon staan, dat de elementen van het strafbaar feit moeten geacht worden te liggen binnen de kring van de rechtspersoon, zodat het feit uit strafrechtelijk oogpunt aan de rechtspersoon moet worden toegerekend*".<sup>215</sup> De wetgever heeft zich hier bediend van de term 'toerekenen'. In art. 51 Sr is uiteindelijk dit tweede lid van art. 15 WED (oud) niet overgenomen omdat was gebleken dat daarvan 'in de rechtspraak geen gebruik werd gemaakt'.<sup>216</sup>

In 1976, werd de bijzondere bepaling uit de Wet op de economische delicten vervangen door een algemene bepaling in het algemene deel van het commune strafrecht: art. 51 Sr. Bij de invoering daarvan werd duidelijk gemaakt "*dat handelingen van natuurlijke personen, die in het verband van een rechtspersoon optreden en daarbij ieder afzonderlijk hetzij tezamen de inhoud van een delict vervullen, aan de rechtspersoon worden toegerekend*".<sup>217</sup> Centraal stond aldus expliciete toerekening van de door de één verrichte gedraging aan een ander. Voor het overige achtte de Minister het midden jaren zeventig aangewezen "*de rechtspraak de gelegenheid te bieden nadere inhoud te geven aan het daderschap van rechtspersonen, beter dan dat de wetgever daartoe een vrijwel bij voorbaat tot mislukken gedoemde poging zou ondernemen*".<sup>218</sup> Dat klinkt als een zwakgebod. Ten tijde van de behandeling van het voorgestelde art. 51 Sr, was de vraag aan de orde: "*Onder welke condities mag of moet men het handelen van een natuurlijk persoon toerekenen aan een rechtspersoon, anders geformuleerd: welke voorwaarden moeten zijn vervuld, wil het handelen of nalaten van een natuurlijk persoon als het gedrag van*

<sup>213</sup> *Kamerstukken II*, 1947/48, 603, nr. 3, p. 19.

<sup>214</sup> Daarop duiden de woorden 'onder meer' *Kamerstukken II*, 1947/48, 603, nr. 3, p. 19. Zie voorts F. Hollander, *Wet op de economische delicten. Commentaar op de wet van 22 juni 1950 Staatsblad K 258*, Arnhem: Gouda Quint 1952, p. 106 en R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 48 en 55.

<sup>215</sup> *Kamerstukken II*, 1948/49, 603, nr. 5, p. 52 en F. Hollander, *Wet op de economische delicten. Commentaar op de wet van 22 juni 1950 Staatsblad K 258*, Arnhem: Gouda Quint 1952, p. 107.

<sup>216</sup> R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 55.

<sup>217</sup> *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 14.

<sup>218</sup> *Handelingen I*, 1975/76, 13 655, p. 1226.

*een corporatie kunnen worden aangemerkt?”*<sup>219</sup> Kennelijk bestond bij anderen in het parlement de wens dergelijke criteria in wetgeving neer te leggen. De Minister van Justitie had toentertijd graag een formule aangeboden die zulke criteria bevat en voor de praktijk niet te vaag is. Daarbij liet de Minister weten *“dat formuleringen als die van artikel 15 van de Wet Economische Delicten – ‘handelen in de sfeer van de rechtspersoon’ – ons geen reële zekerheid bieden; zij verhelpen de onzekerheid niet die aan een tekst als het nieuw voorgestelde artikel 51 inderdaad inherent is”*.<sup>220</sup> De orgaantheorie, waarin alleen het handelen mag worden toegerekend van iemand die als orgaan van de rechtspersoon mag worden beschouwd, was daarvoor volgens de Ministier geen oplossing. Ook niet als die formule zou worden verbreed *“tot het orgaan of een vergelijkbare functionaris”*.<sup>221</sup> Daarmee wordt in de ogen van de Minister slechts benadrukt hoe moeilijk het is een houvast-biedende omschrijving te geven.<sup>222</sup> Het ging hem niet lukken de formule te vinden die hij zo graag had gevonden. Samengevat kan met De Hullu worden gesteld dat de mogelijkheid van aansprakelijkstelling van de rechtspersoon *“sluipenderwijs het Nederlandse strafrecht [is – BK] binnengekomen, van bijzondere naar steeds algemenere regelingen”*.<sup>223</sup> Daarbij werd elke nieuwe stap door de wetgever *“als het ware gemotiveerd door op de vorige stap te wijzen en daarbij op te merken dat er in de praktijk geen problemen waren gerezen”*.<sup>224</sup>

### Overkoepelend arrest

Toen de wetgever in de jaren zeventig geen oplossing had geboden, is de kwestie uiteindelijk nadrukkelijk opgepakt door de Hoge Raad. In het Zijpe-arrest van 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 is in voorafgaande beschouwingen inzicht gegeven in de benadering door de Hoge Raad van het ouderschap van rechtspersonen. Over deze criteria merkt Franken op dat het een ‘aanzet’ is voor *“een nadere plaatsbepaling van het ouderschap van de rechtspersoon. Maar verder blijven de criteria dermate vaag, dat een casuïstische aanpak voorop staat. Mevis heeft er in zijn annotatie op gewezen dat die benadering op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel, anderen wijzen erop dat de weg openstaat voor een vorm van risicoaansprakelijkheid voor rechtspersonen”*.<sup>225</sup> Hoewel het volgens Franken allemaal wel niet zo snel zal lopen, is hij niet helemaal blij met deze vage en ruime criteria. Hij ziet het dan ook vooral als een aanzet voor een nadere plaatsbepaling van het ouderschap van de rechtspersoon. Naast Franken hebben ook anderen zich over het arrest gebogen. Er hebben al veel verschillende kritische beschouwingen ten aan-

<sup>219</sup> Idem.

<sup>220</sup> Idem.

<sup>221</sup> Idem.

<sup>222</sup> Idem.

<sup>223</sup> J. de Hullu, ‘Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk ouderschap van rechtspersonen’, in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 273-288, zie p. 276.

<sup>224</sup> Idem.

<sup>225</sup> A.A. Franken, ‘Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht’, *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958, zie p. 954.

zien van de criteria plaatsgevonden. Men geeft er een eigen draai aan. Voor onderhavig onderzoek is belangrijker dan daaraan nieuwe kritiek toe te voegen, de algemene materieelrechtelijke werking ten aanzien van het ouderschap die uit de Zijpe-benadering voortvloeit.

### *De Zijpe-benadering*

In het Zijpe-arrest is door de Hoge Raad voorzien in een soort stappenplan.<sup>226</sup> Annotator Mevis spreekt van een 'drietrapsraket'. Het arrest ziet voor alle duidelijkheid op het strafrechtelijk *aderschap* van rechtspersonen en niet op strafrechtelijke *aansprakelijkheid*. De in dit onderzoek als Zijpe-benadering aangeduide uitleg van de Hoge Raad komt in het kort op het navolgende neer.

Stap 1. De 'grondslag' voor het ouderschap van de rechtspersoon is 'redelijke toerekening van een gedraging'. Een rechtspersoon kan als dader van een strafbaar feit worden aangemerkt indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend, zo stelt de Hoge Raad in overweging 3.3. Of een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Eén mogelijke concrete omstandigheid is de aard van de (verboden) gedraging (r.o. 3.4).

Stap 2. Vanwege de verschillende invulling per geval, kan slechts bezwaarlijk een algemene regel worden geformuleerd. De Hoge Raad heeft het over een 'belangrijk oriëntatiepunt' dat evenwel kan worden aangedragen. In beginsel kan een gedraging volgens de Hoge Raad worden toegerekend aan de rechtspersoon, indien de gedraging heeft plaatsgevonden, dan wel is verricht, 'in de sfeer van de rechtspersoon'. Blote toerekening van de gedraging is dan al mogelijk, terwijl daarmee over de (on)redelijkheid daarvan nog niets is gezegd (r.o. 3.4). De (on)redelijkheid wordt in dit verband door de Hoge Raad niet genoemd en lijkt daarom apart te moeten worden beoordeeld.

Stap 3. Of sprake zal kunnen zijn van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon hangt af van bepaalde nader genoemde 'omstandigheden'. Het kan gaan om (a) handelen of nalaten van iemand die uit hoofde van een dienstbetrekking of uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon, (b) een gedraging die past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon, (c) een gedraging die de rechtspersoon dienstig is geweest in het door de rechtspersoon uitgeoefende bedrijf, (d) een gedraging waarover de rechtspersoon vermocht te beschikken of die al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard (r.o. 3.4).

### *Relevante opmerkelijkheden*

De Hoge Raad heeft vervolgens, aansluitend op de consecutieve stappen overwogen, dat onder het 'aanvaarden' mede wordt begrepen het niet betrachten van zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog

<sup>226</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis.

op de voorkoming van de gedraging (r.o. 3.4). Het is de vraag of het werkwoord ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin op één lijn kan worden gesteld met de ‘zorg’ in het Zijpe-arrest als invulling van het aanvaarden-criterium.<sup>227</sup> De Hoge Raad wijst niet op de in hoofdstuk 5 besproken bijzondere wetsgeschiedenissen en jurisprudentie waarin het werkwoord ‘zorgen’ als *bestanddeel* is toegeëlicht. Het lijkt mede daarom bij de invulling van het ‘aanvaarden’ uit de IJzerdraad-criteria om een andere ‘zorg’ te gaan dan in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin het geval is. Los daarvan staat dat de invulling van het aanvaarden-criterium zelf wat ongelukkig is gekozen, hetgeen eveneens blijkt uit de ten aanzien van dit onderdeel kritische, en vooral zoekende, literatuur.<sup>228</sup>

Voor onderhavig onderzoek is van belang dat daarna in het Zijpe-arrest door de Hoge Raad wordt overwogen dat de zogenaamde ‘ijzerdraadcriteria’<sup>229</sup> “*weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele ouderschap van een natuurlijke persoon (dus met het oog op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon), maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon*”. Uit deze overweging in combinatie met stap 1 van de drietrapsraket, moet worden afgeleid dat het Zijpe-arrest, waarin het corporatief ouderschap wordt uiteengezet, focust op de toerekening van een gedraging van de ene persoon aan de andere persoon. Daarmee heeft het arrest uitsluitend betrekking op de corporatieve variant van wat ook de Hoge Raad noemt: *functioneel ouderschap* (zie paragraaf 3.2.3). De Hoge Raad geeft namelijk aan dat de criteria voor functioneel ouderschap van de natuurlijk persoon, waaronder de Hoge Raad verstaat de strafrechtelijke aansprakelijkheid [dat helaas dan weer wel – BK] voor *een gedraging van een andere persoon*, ook gelden voor het functioneel ouderschap van een rechtspersoon. Als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon (i.e. functioneel ouderschap) kunnen naast de andere in het Zijpe-arrest genoemde omstandigheden, ook de IJzerdraadcriteria worden gehanteerd. Anders gezegd: (i) het Zijpe-arrest ziet op het *functionele* corporatieve ouderschap en niet op eventuele andere ouderschapsvormen en (ii) functioneel ouderschap is het toerekenen van de gedraging van de een, aan de ander.

<sup>227</sup> Zie tevens paragraaf 3.2.3.

<sup>228</sup> Zie onder meer K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Arnhem: Ars Aequi Libri 2006, p. 50, R. van Elst, ‘Ouderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest’, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 434-435 en E. Gritter, ‘De antonimiteit van ouderschap en zorgvuldig gedrag’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83, zie p. 67-69.

<sup>229</sup> Hoge Raad 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

*Tussenstand*

Het voornaamste van het Zijpe-arrest is te constateren (i) de uitwerking van het functioneel ouderschap, namelijk als ouderschapsvorm waarin de gedraging van de één aan de ander wordt toegerekend en (ii) dat die toerekeningsconstructie de kern is van de hele Zijpe-benadering aangezien de ingang naar corporatief ouderschap volgens de Hoge Raad de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan de rechtspersoon is. Dat is de eerste stap uit de drietrapsraket van het Zijpe-arrest: toerekening van een gedraging van een ander. In dergelijke gevallen moet worden gesproken van *functioneel ouderschap*. Dat houdt tegelijkertijd in dat, indien niet een gedraging hoeft te worden aangewezen en toegerekend, sprake moet zijn van een andere ouderschapsconstructie. In dat licht zou bijvoorbeeld ruimte kunnen bestaan voor een *rechtstreekse* vorm ouderschap van rechtspersonen. Het is de vraag in hoeverre wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die constructie mogelijk maken ten aanzien van corporatief ouderschap. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

**6.3.2.2 Rechtstreeks corporatief ouderschap**

In deze paragraaf is de vraag aan de orde in hoeverre binnen het corporatief ouderschap ruimte bestaat voor een rechtstreekse vorm van ouderschap waarbij *geen toerekening* van een gedraging is vereist. De vraag is of de constructie van ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zoals die aan het begin van dit hoofdstuk in paragraaf 6.2 is uitgewerkt, een aanvulling zou kunnen vormen op, of misschien zelf een betere invulling zou kunnen zijn van, het ouderschap van rechtspersonen. Dat systeem bleek immers in de kern in te houden dat geen strafrechtelijke gedraging in traditionele zin (als complex van doen en/of laten) is vereist voor ouderschap. Zou dat nu ook voor het corporatief ouderschap bij zorgplichtbepalingen niet anders gelden? Zou de rechtspersoon dader kunnen zijn van een dergelijk delict, zonder dat een gedraging in meer traditionele zin van een andere persoon aan die rechtspersoon hoeft te worden toegerekend? En de vervolgvraag is dan uiteraard: in hoeverre zou dat iets toevoegen aan het bestaande materieel strafrechtelijke stelsel?

*Ouderschap rechtspersoon alleen mogelijk in vorm van functioneel ouderschap?*

Om te beginnen moet de vraag worden gesteld hoe in de literatuur tegen het strafrechtelijk ouderschap van de rechtspersoon wordt aangekeken. Door velen werd en wordt ervan uitgegaan dat een rechtspersoon slechts dader kan zijn via het gedragen van een ander. In de ogen van bijvoorbeeld Hendriks wordt met het Zijpe-arrest duidelijk gemaakt dat van zelfstandig, rechtstreeks ouderschap geen sprake is: “*er is immers in de visie van de Hoge Raad altijd sprake van toerekening van gedragingen aan de rechtspersoon*”.<sup>230</sup> Ook door Vellinga en Vellinga-Schootstra wordt die mening erop nagehouden: “*kern vormt het toerekenen van*

<sup>230</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, M&R 2004, 53, m.nt. Hendriks (Zijpe-arrest).

*handelingen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon*".<sup>231</sup> Het toentertijd nieuwe art. 15 WED (oud) werd voorzien van een lid waarin volgens De Doelder stond uitgewerkt dat "*an offence is committed by a corporation if it is committed by one or more natural persons who have acted in the sphere of the corporation. Obviously this additional provision was based on the idea, that an offence could not be actually committed by a corporation; a legal fiction was still required*".<sup>232</sup> Het is natuurlijk zo dat een rechtspersoon altijd kan worden herleid tot een natuurlijke persoon die bijvoorbeeld de entiteit heeft opgericht. Een rechtspersoon ontstaat nu eenmaal niet spontaan en een menselijke handeling is voor zijn bestaan dan ook een *conditio sine qua non*. Ook aan het pennen bestellen en het doen van een vergunningsaanvraag, zal een gedraging van een natuurlijke persoon ten grondslag liggen. Dat het daderschap van de rechtspersoon wordt gebaseerd op de toerekening van de gedraging van een andere persoon (zijnde een natuurlijke persoon of een rechtspersoon) is tegenwoordig dan ook het uitgangspunt.<sup>233</sup> Fysiek zijn rechtspersonen niet tot een gewilde spierbeweging in staat. "*For the judges it is always necessary to make a kind of a "jump" to the liability of the corporation. The corporation is always an indirect offender*".<sup>234</sup>

#### *Voorzichtige erkenning daderschap zonder gedraging?*

Naast voornoemde geluiden dat rechtspersonen eigenlijk slechts dader zouden kunnen zijn via de gedraging van een ander, kunnen ook wel geluiden worden vernomen dat rechtspersonen rechtstreeks dader zouden kunnen zijn. De Hullu heeft het bijvoorbeeld over het 'eigen' daderschap van de rechtspersoon.<sup>235</sup> Hij verwijst daarbij naar een arrest van de Hoge Raad dat ook in het Zijpe-arrest (r.o. 3.3) is genoemd en waaronder door 't Hart in zijn annotatie dezelfde mening wordt uitgedragen.<sup>236</sup> In het arrest werd volgens De Hullu "*het daderschap van de rechtspersoon kennelijk rechtstreeks uit de normale bedrijfsvoering [...] afgeleid zonder in directe zin terug te vallen op handelen van een bepaald natuurlijk persoon*".<sup>237</sup> Maar uiteindelijk staat in het betreffende arrest wel een gedraging in

<sup>231</sup> W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 527-546, zie p. 531.

<sup>232</sup> H. de Doelder, 'Criminal liability of corporations – Netherlands', in: H. de Doelder & K. Tiedemann (red.), *La criminalisation du comportement collectif. Criminal liability of corporations*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 289-310, zie p. 292.

<sup>233</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis.

<sup>234</sup> H. de Doelder, 'Criminal liability of corporations – Netherlands', in: H. de Doelder & K. Tiedemann (red.), *La criminalisation du comportement collectif. Criminal liability of corporations*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 289-310, zie p. 297.

<sup>235</sup> J. de Hullu, 'Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 273-288, zie p. 284 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 167.

<sup>236</sup> Hoge Raad 23 februari 1993, NJ 1993, 605, m.nt. A.C. 't Hart.

<sup>237</sup> J. de Hullu, 'Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal

traditionelere zin centraal zodat de functionele benadering toch ook in dat geval aangewezen was. Niettemin wordt 'rechtstreeks ouderschap' door De Hullu niet direct verworpen.

Rense meent dat de Hoge Raad in het Zijpe-arrest op het punt van rechtstreeks ouderschap nog niet helemaal duidelijk is. De Zijpe-benadering laat volgens haar de mogelijkheid open dat de rechtspersoon 'zelf' ook handelingen verricht en 'zelf' rechtstreeks strafrechtelijk aansprakelijk is.<sup>238</sup>

Van Elst vindt daarenboven de gedachte dat aan de rechtspersoon alleen een gedraging van een natuurlijke persoon kan worden toegerekend 'ouderwets' omdat "*daarin onvoldoende tot uitdrukking komt dat de rechtspersoon ook zelf tekort kan schieten en in zoverre een eigen aansprakelijkheid heeft*".<sup>239</sup> Hij heeft daarbij met name zorgplichtbepalingen op het oog. Daarover schrijft Van Elst het volgende. "*De wet adresseert telkens functies of kwaliteiten (werkgever, houder van een badinrichting, vergunninghouder) die een rechtspersoon kan uitoefenen en waarvoor hij alsdan geheel zelfstandig aansprakelijk kan worden gehouden zonder dat daarvoor een gedraging van een natuurlijke persoon hoeft te worden toegerekend*".<sup>240</sup> Vergelijkbare losse opmerkingen over de mogelijkheid dat rechtspersonen eigenhandig delictsgedragingen kunnen begaan en daardoor zonder toerekening van een gedraging van een natuurlijke persoon als onmiddellijk dader kunnen worden gezien, zijn voorts te lezen bij Kessler<sup>241</sup> en bij Gritter.<sup>242</sup>

De Valk staat in haar proefschrift eveneens stil bij de mogelijkheid van rechtstreeks ouderschap van rechtspersonen. Zij plaatst het rechtstreeks corporatief ouderschap in het perspectief van de Zijpe-benadering en is van mening dat vooral het 'passen van een gedraging in de normale bedrijfsvoering' (één van de in het Zijpe-arrest genoemde omstandigheden), een aanknopingsfactor is "*waarbij de gedraging rechtstreeks, los van het handelen van individuele personen, aan de rechtspersoon als eigen gedraging kan worden toegerekend*".<sup>243</sup> Tevens wordt door De Valk in navolging van Van Elst erop gewezen dat voor het rechtstreeks daderschap van de rechtspersoon waarschijnlijk voornamelijk mogelijkheden bestaan in het kader van eigenlijke omissiedelicten, zorgplichtbepalingen en verboden

---

Publishers 2005, p. 273-288, zie p. 284 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 167.

<sup>238</sup> J. Rense, 'Rechtspersonen in het strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2005-3, p. 272-298, zie p. 274-275 en 287-288.

<sup>239</sup> R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 420.

<sup>240</sup> Idem.

<sup>241</sup> M. Kessler, 'Beslikkingsmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijmest-arrest', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 201-223, zie p. 221-222.

<sup>242</sup> E. Gritter, 'Duidelijkheid omtrent corporatief daderschap. Enige beschouwingen naar aanleiding van het Drijfmest-arrest', *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht* 2004-2, p. 31-38, zie p. 33-34.

<sup>243</sup> S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend en privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 309-310 en 289-290.

toestand delicten (bijvoorbeeld het aanwezig hebben van bepaalde goederen).<sup>244</sup>

Voor anderen lijkt het, wegens het louter nog impliciet aanwezige fysieke element, zelfs tamelijk evident te zijn dat de rechtspersoon als vanzelf dader kan zijn. Torringa merkt het niet meer dan terloops in een enkele korte zin op.<sup>245</sup> Hij heeft het over het 'niet zijn van functioneel dader' en over het 'niet hoeven *terugspelen* van de gedraging van een natuurlijk persoon aan de rechtspersoon'.<sup>246</sup> Van Woensel lijkt dezelfde gedachten over functioneel ouderschap te hebben als Torringa op dit onderdeel naar voren heeft gebracht, waar zij schrijft dat omissiedelicten niet functioneel kunnen worden begaan en dat rechtspersonen dader kunnen zijn van omissiedelicten.<sup>247</sup> De auteurs richten zich in hun betoog wel op omissiedelicten en 'verboden toestand'-delicten.<sup>248</sup>

Van de zijde van de wetgever is in de parlementaire geschiedenis de mogelijkheid van rechtstreeks ouderschap van rechtspersonen evenmin uitgesloten. Het was volgens Minister van Justitie Van Agt zeer wel denkbaar dat "*de vertegenwoordiger kan worden aangemerkt als pleger van het strafbare feit en dat hetzij de bestuurder hetzij de corporatie zelf moeten worden aangemerkt als deelnemers aan het plegerschap van de vertegenwoordiger. Dat hangt af van de inhoud van de betrokken delictsomschrijving en van hetgeen betrokkenen hebben gedaan en nagelaten. Het is ook denkbaar, dat het ouderschap kan worden gesitueerd zowel bij de vertegenwoordiger als bij de bestuurder c.q. de corporatie zelf*".<sup>249</sup> Vooral de laatste zin laat ruimte om onder omstandigheden de rechtspersoon zelf eventueel als rechtstreeks dader te kunnen aanwijzen. Ook in het kader van het oorspronkelijke art. 15 WED (oud) stond de wetgever volgens Van Elst "*al niet afwijzend tegenover de opvatting dat de rechtspersoon van nature tot het begaan van een strafbaar feit in staat is*".<sup>250</sup> In de rechtspraak zijn eveneens aanwijzingen te vinden voor de

<sup>244</sup> Idem, p. 312-313 en 320, R. van Elst, 'Ouderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 418-419. Van Elst ziet het eigen rechtstreekse ouderschap van rechtspersonen echter vooral buiten de kaders van het Zijpe-arrest, terwijl De Valk het rechtstreekse ouderschap probeert binnen de Zijpe-benadering te passen (De Valk 2009, p. 320 (voetnoot 191) en 321).

<sup>245</sup> R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 82, 90-91.

<sup>246</sup> Idem, p. 91. Hij bracht het ter zijde naar voren in zijn betoog dat de functioneel ouderschap vormende IJzerdraad-criteria, die toentertijd louter werden verondersteld te gelden ten opzichte van natuurlijke personen, ook op rechtspersonen van toepassing zijn. Aldus erkende Torringa wel de mogelijkheid van een rechtstreekse vorm van ouderschap, maar stond dat los van het (criterialoze) risico-ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

<sup>247</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 50.

<sup>248</sup> Op dit punt gaat het erom te constateren dat het bestaan van de mogelijkheid van rechtstreeks corporatief ouderschap wordt erkend. Het gaat hier niet om de inhoudelijke discussie dat bij omissiedelicten en 'verboden toestand'-delicten het corporatief ouderschap zich tegenwoordig slechts kan manifesteren door toerekening omdat ook bij die delicten de vereiste gedragingen in traditionele zin (zie daarover paragraaf 3.2.3 en hoofdstuk 4) zullen moeten worden toegerekend conform het Zijpe-arrest.

<sup>249</sup> *Handelingen I* 1975/76, 13 655, p. 1226.

<sup>250</sup> R. van Elst, 'Ouderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de



gedachte dat rechtspersonen rechtstreeks dader zouden kunnen zijn. Zo wordt in Rechtbank Den Bosch 8 februari 2007, LJN AZ8008 overwogen: *“een rechtspersoon kan strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor zowel haar eigen handelen en nalaten als voor handelen en nalaten van haar medewerkers dat haar kan worden toegerekend”*.<sup>251</sup> Verder dan erkenning van de mogelijkheid van rechtstreeks daderschap reikt dit vonnis niet. Het rechtstreeks daderschap van corporaties is er niet in uitgewerkt. Hoe deze niet-functionele variant vorm zou moeten krijgen, blijft daardoor in de lucht hangen.

Gezien het voorgaande wordt regelmatig geopperd dat rechtspersonen ook rechtstreeks dader zouden kunnen zijn. Uitvoerige beschouwingen over de invulling van het daderschap langs deze lijn ontbreken echter. Hoe deze daderschapsvariant vertaald kan worden naar het positieve recht wordt daardoor niet goed duidelijk. Veelal gaat het bovendien om interpretaties ten aanzien van de reikwijdte van het Zijpe-arrest. De vraag is namelijk vaak hoe een bepaalde andere lezing van (een criterium uit) die uitspraak zich verhoudt tot de gebruikte formulering van de Hoge Raad in dat Zijpe-arrest. Het eigen daderschap van de rechtspersoon wordt in de betreffende teksten hetzij in de Zijpe-benadering gewrongen hetzij van weinig tot geen verdere tekst en uitleg voorzien. In voorliggend onderzoek wordt het idee gezien dat naast, en dus los van, de functionele Zijpe-benadering een andere corporatieve daderschapsconstructie kan worden geplaatst in het kader van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

*Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362*

De vraag is hoe dat daderschap van rechtspersonen bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zou moeten worden ingevuld. Veel jurisprudentie was over zorgplichtbepalingen op zichzelf al niet beschikbaar, laat staan ten aanzien van rechtstreeks daderschap bij rechtspersonen. Er is desondanks één belangrijke strafzaak ter beoordeling aan de Hoge Raad voorgelegd: Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362. In de rechtspraak bleek de werking van zorgplichtbepalingen en de samenhang daarvan met het strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen voor onduidelijkheid te zorgen. In casu stond de verhouding tussen een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin (art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud), inclusief disculpatieregeling en besproken in paragraaf 5.3.4.5) en een verbodsbepaling (art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud)) centraal. Het Openbaar Ministerie was tegen de vrijspraak door het Hof in cassatie gegaan. Het Openbaar Ministerie beseftte wel dat het cassatieberoep zag op een betrekkelijk gering strafwaardig feit, maar dat evenwel *“binnen de kring van de handhavers*

Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438, zie p. 421, verwijzend naar *Kamerstukken II 1947/48*, 603, nr. 3 (MvT), p. 19. Daarin is voorts te lezen dat dit voor zover deze opvatting *“zo niet reeds in de rechtswetenschap niet aanwijsbaar, dan toch zeker mogelijk is.”* *Kamerstukken II 1947/48*, 603, nr. 3 (MvT), p. 19.

<sup>251</sup> Rechtbank Den Bosch 8 februari 2007, LJN AZ8008.

*van het zogenaamde ordeningsrecht sprake [was – BK] van onduidelijkheid over de strekking van de hier in het geding zijnde voorschriften. In zoverre zal de uitspraak van Uw Raad in deze casus heel nadrukkelijk reflex-werking kunnen hebben*".<sup>252</sup> Onder de handhavers van het ordeningsrecht bestond aldus onduidelijkheid ten aanzien waarvan werd verlangd dat de Hoge Raad die zou ophelderen. Daartoe geroepen lijkt de Hoge Raad in het betreffende arrest een en ander te hebben verduidelijkt. Niet in de laatste plaats omdat de zaak ook volgens de ordeningsrechtelijke handhavers reflexwerking heeft, verdient dit gecompliceerde arrest een uitvoerige beschouwing.

#### *Relevante wetsebepaling en tenlastelegging*

De rechtspersoon in kwestie zou zonder een daartoe strekkende vergunning binnenlands beroepsvervoer hebben verricht. Dat was verboden gezien het tot een ieder gerichte art. 5 lid 1 Wet goederenvervoer over de weg (oud) en de verankering ervan in de Wet op de economische delicten. Het eerste lid luidde: *"Het is verboden binnenlands beroepsvervoer te verrichten zonder een daartoe strekkende vergunning"*. Het andere artikel dat in casu van belang was, betreft art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) dat eveneens in de Wet op de economische delicten was strafbaar gesteld. In dit artikel stond de plicht opgenomen te zorgen dat in de onderneming niet in strijd werd gehandeld met bepaalde voorschriften uit de Wet goederenvervoer over de weg (oud). Eén van de uitdrukkelijk opgesomde voorschriften in art. 4 lid 1 Wet goederenvervoer over de weg (oud) was de al genoemde verbodsbepaling art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud). Ook was in art. 4 lid 3 Wet goederenvervoer over de weg (oud) een disculpatiereregeling neergelegd. De gehele bepaling luidde als volgt.

*"1. De hoofden of bestuurders van een onderneming zijn verplicht te zorgen, dat in de onderneming niet wordt gehandeld in strijd met het bepaalde in de artikelen 5, eerste en derde lid, 14, eerste lid 15, eerste lid, en 21, en met de voorschriften, krachtens deze wet gegeven, voor zover overtreding daarvan een strafbaar feit is.*

*2. Gelijke verplichting rust op het toezichthoudend personeel, voor zover het door het hoofd of de bestuurder schriftelijk met de zorg voor de naleving van die bepalingen is belast.*

*3. Aan de verplichting van het hoofd of de bestuurder en van het toezichthoudend personeel is voldaan, wanneer zij aantonen, dat door hen de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden om de naleving te verzekeren van de bepalingen, voor welke naleving zij verplicht waren te zorgen".*

Dit vierde artikel beperkt zich specifiek tot een drietal geadresseerden, te weten bestuurders, hoofden en – gezien het tweede lid – toezichthoudend personeel dat schriftelijk door voormelde hoofden of bestuurders is belast met de zorg dat niet

---

<sup>252</sup> Cassatieschriftuur bij Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 (alineä 11).

wordt gehandeld in strijd met de in het eerste lid genoemde bepalingen. Zie over de achtergrond van de bepaling verder paragraaf 5.3.4.5.

Het Openbaar Ministerie had (onfortuinlijk) gekozen voor een op art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) toegeschreven tenlastelegging waarin niet was opgenomen dat de vennootschap geadresseerde (hoofd, bestuurder of als zodanig aangewezen toezichthoudend personeel) was. De tenlastelegging luidde: dat “zij, op of omstreeks 07 maart 2003 te Rotterdam, in elk geval in Nederland, niet aan haar verplichting heeft voldaan er voor zorg te dragen dat niet in strijd werd gehandeld met het bepaalde in art. 5, eerste lid van de Wet goederenvervoer over de weg, zijnde in die onderneming door de chauffeur G.L. Dijkhuizen te Rotterdam, op of omstreeks 07 maart 2003, over de voor het openbaar verkeer openstaande weg, de Rijksweg A15 W-O, binnenlands beroepsvervoer verricht zonder een daartoe strekkende vergunning”.<sup>253</sup> Het Hof had vrijgesproken na te hebben overwogen dat niet duidelijk werd waarom de rechtspersoon als geadresseerde moest worden gezien. Het Hof overwoog: “Nu de wetgever uitdrukkelijk deze personen [i.e. hoofden, bestuurders en toezichthoudend personeel – BK] als normadressaat heeft aangewezen, kan de specifiek aan de normadressaat opgelegde zorgplicht niet zonder meer als de na te leven verplichting van de rechtspersoon worden aangemerkt”.<sup>254</sup> Tegen de vrijspraak was cassatieberoep aangetekend door het Openbaar Ministerie. De door het Openbaar Ministerie relevante aangevoerde middelen worden hierna kort weergegeven met daarbij alvast in het kort de reactie van de Hoge Raad.

*De visie van Openbaar Ministerie en Advocaat-Generaal bij NJ 2008, 362*

Het Openbaar Ministerie was van mening dat de vrijspraak van het Hof niet overeind kon blijven. Het Openbaar Ministerie nam in dat verband een aantal standpunten in. In de cassatiemiddelen werd betoogd dat de combinatie van art. 4 en 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) weliswaar rechtstreeks daderschap bij rechtspersonen mogelijk maakt, maar dat dat alleen kan mits conform het Zijpe-arrest “de verweten gedraging van de natuurlijke persoon redelijkerwijs kan worden toegerekend aan de rechtspersoon”.<sup>255</sup> In dat verband werd bovendien door het Openbaar Ministerie geklaagd dat in het arrest van het hof de Zijpe-criteria niet zijn toegepast terwijl dat in de ogen van het Openbaar Ministerie wel had moeten.<sup>256</sup> De Hoge Raad heeft deze opvatting niet bevestigd.

Vervolgens is door het Openbaar Ministerie ter vergelijking gewezen op een arrest dat betrekking had op art. 5 en 14 Wet goederenvervoer over de weg (oud), te weten Hoge Raad 18 maart 2003, NJ 2004, 491.<sup>257</sup> Dat betrof echter geheel andersoortige bepalingen (namelijk verbodsbepalingen en geen wettelijke

<sup>253</sup> Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362, r.o. 3.2.

<sup>254</sup> Hof Den Haag, 14 oktober 2005, LJN AU4450.

<sup>255</sup> Cassatieschriftuur bij Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 (alinea 4.1).

<sup>256</sup> Idem.

<sup>257</sup> Idem (alinea 9).

strafrechtelijke zorgplichtbepalingen) zodat die vergelijking met dat arrest niet had kunnen opgaan. Hoe dan ook, dit onderdeel van het cassatiemiddel is door de Hoge Raad genegeerd.

Het laatste dat in de cassatieschriftuur belang wekt, is de opmerking dat indien de Hoge Raad de middelen zou verwerpen, dan toch in plaats van vrijspraak door het Hof de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie had moeten zijn uitgesproken.<sup>258</sup> Dat zou inderdaad misschien zo zijn als rechtspersonen *buiten* het bereik van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) zouden vallen. Maar de hoofden, bestuurders en het toezichthoudend personeel hoeven niet per se natuurlijke personen te zijn. Het punt is dat de rechtspersoon slechts onder art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) valt voorzover hij één van de daar genoemde geadresseerden is. Daarom was niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie op dit onderdeel allesbehalve aan de orde.

Niet alleen het Openbaar Ministerie heeft geen gelijk gekregen. Naar de Advocaat-Generaal is door de Hoge Raad evenmin geluisterd. De Advocaat-Generaal meende dat de onderhavige uitspraak van het Hof niet in stand kon blijven. Hij meende dat het 'tekortschieten van het hoofd/bestuurder in het naleven van de zorgplicht' moest worden geplaatst in de 'sfeer van de rechtspersoon' en aan de rechtspersoon kon worden 'toegerekend' als haar gedraging.<sup>259</sup> In zoverre werd in de conclusie van de Advocaat-Generaal de benadering gevolgd van het Openbaar Ministerie dat ook voor het anker van de Zijpe-benadering en het functioneel ouderschap was gaan liggen bij de toepassing van de zorgplichtbepaling uit de Wet goederenvervoer over de weg. Hieronder zal blijken dat de Hoge Raad, anders dus dan de Advocaat-Generaal, niet meeding in de denklijn van het Openbaar Ministerie. Het hoogste college kon daardoor de ouderschapsconstructie van rechtspersonen bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin (indirect) verduidelijken.

#### *De visie van de Hoge Raad in NJ 2008, 362*

Zoals gezegd, had de opsteller van de tenlastelegging het zichzelf nodeloos moeilijk gemaakt door in de tenlastelegging niet de rechtspersoon als geadresseerde (bestuurder, hoofd of toezichthoudend personeel) aan te merken. De rechtspersoon in casu is volgens de Hoge Raad terecht door het Hof 's-Gravenhage vrijgesproken. De overwegingen van de Hoge Raad (r.o. 3.5) die de redenering van het Hof ondersteunen, luiden als volgt: *"Een rechtspersoon kan derhalve slechts als pleger van overtreding van art. 4 Wgw worden veroordeeld indien hij onder één van die in die bepaling genoemde categorieën kan worden gerangschikt. Dat staat overigens niet eraan in de weg een rechtspersoon in voorkomende gevallen als deelnemer aan het in art. 4 Wgw omschreven strafbare feit aansprakelijk te stellen"*.<sup>260</sup> De lijnen waarlangs het ouderschap van de rechtspersoon kan worden geconstru-

---

<sup>258</sup> Idem (alinea 15).

<sup>259</sup> Conclusie A-G Vellinga voor Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 (alinea 10).

<sup>260</sup> Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362.

eerd, worden in deze overweging gedeeltelijk zichtbaar. De rechtspersoon kon rechtstreeks dader zijn wanneer hij als één van de geadresseerden uit de zorgplichtbepaling art. 4 lid 1 Wet goederenvervoer over de weg (oud) kon worden aangemerkt. Daarnaast zijn ook deelnemingsvormen mogelijk. Daarvoor heeft dan de Zijpe-benadering te gelden.

In rechtsoverweging 3.6 stelt de Hoge Raad vervolgens “*dat de aansprakelijkstelling van een rechtspersoon voor de naleving van art. 5 eerste lid, Wgw kan worden gebaseerd op art. 51 Sr*”.<sup>261</sup> Het draait in de verbodsbepaling art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) om een verboden gedraging in traditionele zin en niet om een zorggedraging zoals in art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) het geval is. Het gaat in het vijfde artikel om een concrete gedraging die door de rechtspersoon moet zijn begaan om hem als dader te kunnen aanmerken. Omdat rechtspersonen zelf de gedraging uit art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) niet rechtstreeks daadwerkelijk kunnen verrichten (het is immers geen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin), lijkt van daderschap in het kader van art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) pas sprake te kunnen zijn indien de betreffende gedraging conform het Zijpe-arrest redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend als functioneel dader. Dat verklaart dat de Hoge Raad ten aanzien van het zonder meer schenden van de verbodsbepaling van art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) verwijst naar art. 51 Sr en ten aanzien van de zorgplichtbepaling van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) overweegt dat een rechtspersoon pleger (lees: rechtstreeks dader) kon zijn als hij onder één van de categorieën geadresseerden kon worden gebracht.

Naast deze overwegingen waaruit een en ander kan worden afgeleid ten aanzien van de werking van het (rechtstreekse) (corporatieve) daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, is van belang dat de Hoge Raad niet meegaat in de visie van het Openbaar Ministerie en de Advocaat-Generaal. Betoogd was dat de combinatie van art. 4 en 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) weliswaar rechtstreeks daderschap bij rechtspersonen mogelijk maakt, maar dat dat alleen kan mits conform het Zijpe-arrest “*de verweten gedraging van de natuurlijke persoon redelijkerwijs kan worden toegerekend aan de rechtspersoon*”.<sup>262</sup> Het Openbaar Ministerie stelde dat het hof de Zijpe-criteria niet had gehanteerd waar dat volgens de aanklager wel had moeten.<sup>263</sup> De Advocaat-Generaal had zich in gelijke termen uitgelaten over het gebruik van de ‘sfeer van de rechtspersoon’ en het ‘toerekenen’ van de gedraging aan de rechtspersoon.<sup>264</sup> Deze lezing wordt door de Hoge Raad niet bevestigd. Rechtstreeks daderschap is inderdaad mogelijk en niet langs de stappen van het Zijpe-arrest (functioneel daderschap op basis van toerekening). De Zijpe-termen lijken uit-

<sup>261</sup> Idem.

<sup>262</sup> Cassatieschriftuur bij Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 (alinea 4.1).

<sup>263</sup> Idem.

<sup>264</sup> Conclusie A-G Vellinga voor Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 362 (alinea 10).

drukkelijk buiten de overwegingen van de Hoge Raad te zijn gelaten. De uitzondering dat niet het functioneel ouderschap (de Zijpe-benadering) hoeft te worden toegepast, doet zich voor bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Een (traditionele) gedraging is bij die bepalingen niet vereist, zodat voor het corporatieve ouderschap ook geen gedraging (in de sfeer van de rechtspersoon) hoeft te worden toegerekend.

Kort gezegd, geldt ten aanzien van rechtspersonen, in een notendop, altijd art. 51 lid 1 Sr: strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en door rechtspersonen. Daarnaast komt in beginsel het ouderschap van rechtspersonen tot stand door middel van de Zijpe-benadering. Daarop is ten minste één uitzondering te maken en dat is in het kader van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. De materieelrechtelijke betekenis van het gedragsbestanddeel 'zorgen' maakt dat rechtspersonen *rechtstreeks* dader kunnen zijn, dus zonder toerekening van andermans gedraging.

*Wat in casu aan veroordeling in de weg stond en hoe het beter had gekund*

Met een andere insteek had de vervolging in voornoemde zaak kunnen slagen. Had het Openbaar Ministerie de rechtspersoon met succes willen vervolgen, dan had de tenlastelegging óf zonder gebruikmaking van art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) maar gericht op art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud) en in samenhang met art. 51 Sr moeten worden opgesteld (functioneel corporatief ouderschap), óf gericht op art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) gepaard dienen te gaan met het bewijs dat de rechtspersoon als bestuurder, hoofd of als daarmee belast toezichthoudend personeel was aangemerkt (rechtstreeks corporatief ouderschap), óf met behulp van de commune deelnemingsregeling gecombineerd met art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) moeten plaatsvinden. Een andere mogelijkheid was deelneming aan overtreding van art. 5 Wet goederenvervoer over de weg (oud).

Voor een meer kansrijke vervolging lijkt het zo te zijn dat in dit concrete geval na 'in Nederland' had moeten worden toegevoegd 'als bestuurder van onderneming X'. Met de tenlastelegging lijkt het Openbaar Ministerie het zichzelf onnodig ingewikkeld te hebben gemaakt. De rechtspersoon kon in casu namelijk niet zonder meer worden aangemerkt als bestuurder, hoofd of toezichthoudend personeel hetgeen, zoals ook de Hoge Raad laat merken, voor art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) cruciaal was. Artikel 4 was immers slechts gericht tot een beperkt aantal geadresseerden. Schending van de zorgplichtbepaling en daarmee het corporatief ouderschap leek weliswaar vast te staan – aangezien vervoerd was zonder vergunning – maar dan had voor art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (oud) nog wel bewezen (en dus ten laste gelegd) moeten worden dat de rechtspersoon bestuurder (geadresseerde) was en daarmee had het Openbaar Ministerie niets gedaan.

### 6.3.2.3 Tussenstand strafrechtelijk corporatief ouderschap

Het is niet ondenkbaar dat bij meer delicten dan bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin de mogelijkheid bestaat om het ouderschap van rechtspersonen rechtstreeks, zonder functionele toerekening van andermans gedraging, vast te stellen. Aanwijzingen daarvoor bestaan in strafzaken terzake van sommige vergunningsvoorwaarden en verplichtingen voor de rechtspersoon om 'alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs genomen zouden kunnen worden'.<sup>265</sup> In onderhavig onderzoek is de materieel strafrechtelijke werking en achtergrond van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin bestudeerd. Daarbij is toegespitst op het strafrechtelijk ouderschap, met uiteindelijk in onderhavige paragraaf een focus op rechtspersonen.

Opvallend aan wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is dat deze bijzondere delicten een zekere eigen werking niet kan worden ontzegd. Het corporatief ouderschap bij dergelijke bepalingen kan worden afgezet tegen het functionele corporatief ouderschap dat uit de Zijpe-benadering voortvloeit. In de Zijpe-benadering, zo bleek reeds in hoofdstuk 3, is de toerekening van de gedraging van een ander noodzakelijk om tot functioneel ouderschap te komen. Die toerekening is bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin niet vereist en zelfs niet nodig. Het ouderschap ontstaat daar namelijk zonder gedraging in traditionele zin. Feitelijk valt bij dergelijke bepalingen dan ook weinig toe te rekenen. Waar ouderschap normaliter ontstaat in combinatie met een gedraging, is het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, gedragingsloos.

Eerder is in deze paragraaf de vraag opgeworpen of zorgplichtbepalingen voor rechtspersonen, die van nature niet zelfstandig tot enige fysieke, traditionele gedraging (in de zin van het complex van doen en/of laten) in staat zijn, een interessante alternatieve ingang bieden naar strafrechtelijk corporatief ouderschap. Zou de constructie beter bruikbaar kunnen zijn dan de Zijpe-benadering? Het stellen van die vraag dwingt tot het vormen van een oordeel en het formuleren van een voorkeur ten aanzien van de traditionele gedraging enerzijds tegenover de zorggedraging anderzijds. Die beoordeling vindt plaats in het kader van de democratische rechtsstaat in de slotbeschouwing in hoofdstuk 7.

## 6.4 Tussenstand

Werd aan het begin van dit onderzoek nog slechts de mogelijkheid van ouderschap zonder gedraging in traditionele zin opgeworpen, in onderhavig hoofdstuk is – op basis van verschillende indicaties en hints daartoe in hoofdstuk 5 – uitgewerkt dat bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin het ouderschap is gekoppeld aan de zorggedraging en dat voor die zorggedraging het loutere intreden van een door de wetgever ongewenste situatie volstaat. Dat houdt in dat van strafrechtelijk ouderschap sprake is, zodra zich de ongewenste situatie aandient. Op deze werking hebben delictsbestanddelen die de zorggedra-

<sup>265</sup> Zie Hoge Raad 9 maart 2004, LJN AN9919 en Hoge Raad 10 januari 2006, NJ 2006, 67.

ging mogelijk zouden invullen (e.g. 'voldoende zorgen', 'naar vermogen zorgen') geen invloed.

De zorggedraging wordt, mede afhankelijk van de inspanningen tijdens de verdachte, langs drie fasen geconstrueerd. De eerste stap is de ongewenste situatie. Indien die zich aandient, is direct sprake van ouderschap. Een traditionele gedraging (in de zin van het complex van doen en/of laten) is daarvoor niet vereist. De eventuele weerlegging van een verweer dat zich geen ongewenste situatie voordeed, volgt – als het goed is – uit de bewezenverklaring en de opgesomde bewijsmiddelen en hun inhoud. Aanvaarding van een dergelijk verweer resulteert in vrijspraak.

De zorggedraging kan, in geval aan deze eerste stap is voldaan, vervolgens toch nog worden betwist door een beroep te doen op de disculpatieregeling. Dat is de tweede stap. Materieelrechtelijk gezien is van geen zorggedraging sprake indien de dader de nodige bevelen heeft gegeven, de nodige middelen heeft verschaft, de nodige maatregelen heeft genomen en het redelijkerwijs te vorderen toezicht heeft gehouden. Deze maatstaven moeten objectief worden beoordeeld. Processueel zal, om te voorkomen dat de zorggedraging niet kan worden bewezen (en moet worden vrijgesproken), aannemelijk moeten worden dat de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden. Het initiatief hiertoe ligt bij de verdachte en deels bij de rechter maar dat laatste slechts voor zover het rechtstreeks en ernstig vermoeden ontstaat dat zou kunnen worden gedisciplineerd. Indien de rechter niet meegaat in het 'ouderschap-uitsluitende' disculpatieverweer is, hoewel in de kern sprake is van een bewijsverweer, een extra motivering op zijn plaats. In geval een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt wordt gevoerd, kan voor de weerlegging daarvan door de rechter niet worden volstaan met de bewezenverklaring en de opgesomde bewijsmiddelen.

De derde stap houdt verband met het ontkennen van een onderdeel van de verwijtbaarheid – dus niet de gehele verwijtbaarheid – dat overlapt met de zorggedraging. Voor zover namelijk in het kader van de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie het verweer wordt gevoerd dat 'de maximaal te vergen zorg' is betracht, wordt immers opnieuw de te bewijzen zorggedraging aangevochten. In dat geval zal door de rechter moeten worden geoordeeld op basis van de subjectieve omstandigheden van de geadresseerde dader. Aanvaarding van het 'schuld-uitsluitende' verweer, dat wederom in essentie een bewijsverweer is, resulteert in vrijspraak. Verwerping van het verweer verdient extra motivering. In geval een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt wordt gevoerd, kan voor de weerlegging daarvan door de rechter niet worden volstaan met de bewezenverklaring en de opgesomde bewijsmiddelen.

Deze bijzondere vorm van ouderschap heeft consequenties voor het ouderschap van rechtspersonen. In geval een rechtspersoon als geadresseerde wordt vervolgd voor schending van een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in



enge zin, kan geen gebruik worden gemaakt van het functioneel daderschap zoals dat bij andere delicten wel het geval is. Daarvoor dient namelijk een gedraging te moeten kunnen worden toegerekend, en die doet zich bij het daderschap bij zorgplichtbepalingen juist niet voor. Het op een zorggedraging gebaseerde daderschap komt bij rechtspersonen *rechtstreeks* (en dus niet functioneel) tot stand. Omgekeerd zou deze constructie ook bij andere delicten handvat kunnen zijn voor een andere en wellicht betere, rechtstreekse benadering van corporatief daderschap dan de functionele constructie op basis van het Zijpe-arrest.



## HOOFDSTUK 7

### SLOTBESCHOUWING

#### 7.1 Aanloop

Van verschillende kanten is erop gewezen dat zorgplichtbepalingen in ruime zin de laatste decennia in wetgeving in opkomst zijn.<sup>1</sup> Onder zorgplichtbepalingen in ruime zin kan een wirwar aan uiteenlopende vage en ruime bepalingen worden geschaard.<sup>2</sup> Daaronder vallen wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Deze laatstgenoemde engere categorie bepalingen wordt gekenmerkt doordat de delictsgedraging is gegoten in de term ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan).<sup>3</sup> Die delictsgedraging is een stuk vager dan de meer traditionele gedraging die bij alle andere delicten is strafbaar gesteld. De kwestie van de vaagheid van zorgplichtbepalingen in ruime zin, is in de literatuur vrijwel uitsluitend vanuit het legaliteitsbeginsel en de vormgeving van strafbepalingen geproblematiseerd. Voor de harde kern van het materiële strafrecht, te weten het strafrechtelijk daderschap, bestond in de context van zorgplichtbepalingen tot nu toe weinig aandacht. Dat is ten onrechte want de inhoud van het daderschapsleerstuk, dat aan de delictsgedraging is gekoppeld, wordt ontegenzeggelijk geraakt en veranderd door wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Achter die beïnvloeding van het daderschap gaat geen ontwikkeling schuil zoals die in het algemeen in de literatuur is waargenomen ten aanzien van de verruiming van strafbaarheid eind jaren tachtig, begin jaren negentig; zoals in hoofdstuk 3 naar voren kwam, betreft dat een ander sentiment.<sup>4</sup> Daarin kan het functioneren van het daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin niet worden ondergebracht.

Eén van de in dit onderzoek aan de orde gestelde vragen is geweest in hoeverre de wetgever zich van de betreffende daderschapsproblematiek bewust was ten tijde van de wettelijke opleving die de afgelopen decennia in het ordeningsrecht plaatsvond van zorgplichtbepalingen.<sup>5</sup> Teneinde te achterhalen in hoeverre de bijzondere ordeningsrechtelijke wetgever wist waarmee hij strafrechtstoepassers en geadresseerden opzadelde bij het gebruikmaken van zorgplichtbepalingen in enge zin en teneinde te achterhalen wat de materieelrechtelijke werking van het daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin daadwerkelijk inhoudt, is uitvoerig gekeken naar de totstandkomingsgeschiedenis van die zorgplichtbepalingen in enge zin die in de bijzondere wetten staan opgenomen en die in de eerste artikelen van de Wet op de economische delicten worden

---

<sup>1</sup> Paragraaf 3.3 en 4.3.

<sup>2</sup> Paragraaf 4.2.

<sup>3</sup> Paragraaf 4.3.

<sup>4</sup> Paragraaf 3.3.

<sup>5</sup> Hoofdstuk 5.

genoemd. In verband met de aanzienlijke omvang daarvan, is in dit onderzoek beperkt tot de vier grootste ordeningsrechtelijke velden in de Wet op de economische delicten, te weten: financieel toezicht,<sup>6</sup> milieu,<sup>7</sup> arbeid<sup>8</sup> en vervoer.<sup>9</sup> De bijbehorende wetten vertegenwoordigen een significant deel van alle in art. 1 en 1a Wet op de economische delicten bestreken rechtsgebieden. Daarnaast is hetzelfde onderzoek gedaan naar de achtergrond van alle vier hedendaags geldende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die in het commune Wetboek van Strafrecht staan opgenomen.<sup>10</sup>

Voor wat betreft de wetenschap van de wetgever terzake, blijkt ten aanzien van de strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin die de laatste paar decennia zijn ingevoerd of gewijzigd, niet van enig besef omtrent de bijzondere materieelrechtelijke positie van het ouderschap bij dergelijke zorgplichtbepalingen. Van op dit onderdeel aanwezige kennis is evenmin concreet gebleken in het kader van de paar commune bepalingen met het gedragsbestanddeel 'zorgen' van 1886 en daarna. Voorts is duidelijk geworden dat de laatste jaren de onderzochte zorgplichtbepalingen slechts zeer zelden in praktijk zijn gebracht. Naast dat aldus over de materieelrechtelijke betekenis van de zorggedraging voor het ouderschap weinig bekend is, althans daarbij weinig wordt stilgestaan, wordt deze exclusieve categorie bepalingen bovendien – mogelijk tot opluchting van sommigen – vrij weinig gehanteerd. Wanneer daarbij wordt opgeteld dat de pijlen in de literatuur gedurende de heropleving van zorgplichtbepalingen vanaf de jaren tachtig<sup>11</sup> voornamelijk zijn gericht op strafbaarstellingsbeslissing, legaliteitsbeginsel en handhavingsskwesies en niet, althans weinig, op de eerste voorwaarde voor strafbaarheid inzake de vaststelling van het ouderschap, dan kan worden gesteld dat het *ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin* een ondergeschoven kindje is.

Het gebrek aan belangstelling is nochtans betrekkelijk onterecht. Bij deze engere categorie zorgplichtbepalingen wordt het ouderschap namelijk op een intrigerende manier geconstrueerd. Daarnaast is de ermee gepaard gaande rechtsstatelijke problematiek niet zonder gewicht. Op deze twee aspecten wordt in het navolgende ingegaan. Eerst wordt kort weergegeven wat de ouderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin behelst en vervolgens wordt in deze slotbeschouwing gezien of die constructie in het licht van de rechtsstaat wel overeind kan blijven.

## **7.2 Recapitulatie bijzondere ouderschapsconstructie bij zorgplichtbepalingen**

De afgestofte constructie van het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorg-

---

<sup>6</sup> Paragraaf 5.3.1.

<sup>7</sup> Paragraaf 5.3.2.

<sup>8</sup> Paragraaf 5.3.3.

<sup>9</sup> Paragraaf 5.3.4.

<sup>10</sup> Paragraaf 5.2.

<sup>11</sup> Paragraaf 3.3.

plichtbepalingen in enge zin is aan de hand van alle voorgaande hoofdstukken uiteindelijk in paragraaf 6.2 neergezet. De constructie houdt het volgende in. Het strafrechtelijk ouderschap wordt gevormd door de delictsgedraging.<sup>12</sup> De delicts-gedraging in wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wordt bepaald door het bestanddeel ‘zorgen’ (of afgeleiden daarvan). De zorggedraging is geen doen en/of laten. Het is handeling noch gedraging in traditionele zin. Het ‘zorgen’ is geen dulden en het is geen bewerkstelligen.<sup>13</sup> Zorgen heeft een geheel eigen betekenis en staat daarom los van de gedraging in traditionele zin die een complex van doen en/of laten omvat.<sup>14</sup> De wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling onderscheidt zich doordat voor ouderschap slechts sprake hoeft te zijn van een als het ware ‘gedragingloze’ situatie.<sup>15</sup> In de verschillende zorgplichtbepalingen heeft de wetgever stuk voor stuk aangegeven welke situatie wordt gewenst. Het enkele zich voordoen van de ‘door de wetgever *ongewenste situatie*’ resulteert (in beginsel, namelijk mogelijk nog afhankelijk van disculpatie) in het ouderschap van de geadresseerde die moest zorgen voor de situatie.<sup>16</sup> Het verlangde ‘zorgen voor een situatie’ moet op één lijn worden gesteld met termen als ‘garanderen’ en ‘verzekeren’ van een situatie.<sup>17</sup> Het strafrechtelijke ouderschap bij de hier onderzochte zorgplichtbepalingen kan daarom worden aangeduid als ‘risico-ouderschap’, wel te onderscheiden van ‘risico-aansprakelijkheid’. Een gedraging in meer traditionele zin is immers niet vereist: een enkele situatie waarvoor de geadresseerde verantwoordelijk was, is voldoende voor ouderschap.<sup>18</sup>

Met deze in paragraaf 6.2 opgetuigde constructie was nog niet alles gezegd. Een aantal bijzondere eigenheden kreeg aansluitend in paragraaf 6.3 aandacht. Vragen rezen omtrent de mate van zorg<sup>19</sup> en de positionering van disculpatieregelingen.<sup>20</sup> Uit de bespreking van de betreffende eigenheden die medebepalend zijn voor de inhoud van het zorgen, kwam naar voren dat het ouderschap bij de zorggedraging *niet uitsluitend* maar *primair* – dat wil zeggen: in eerste instantie – wordt bepaald en gevormd door de ‘volgens de wetgever *ongewenste situatie*’. De *ongewenste situatie* staat in het bepalen van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen echter niet op zichzelf. De door de wetgever *ongewenste situatie* vormt een duo met disculpatieregelingen waarin was uitgewerkt wanneer objectief gezien *wel* is zorggedragen. Eerst is er dus de (objectieve) ‘*ongewenste situatie*’ op basis waarvan kan worden gezegd dat niet is zorggedragen, en daarna is er de ‘disculpatieregeling’ waaruit kan worden afgeleid wanneer (eveneens objectief) *wél* is zorggedragen. Uit de disculpatieregelingen volgde dat *wél* is zorggedragen indien de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de

<sup>12</sup> Paragraaf 3.2.2 en paragraaf 3.2.3.

<sup>13</sup> Paragraaf 5.3.3.2.1.

<sup>14</sup> Paragraaf 3.2.2 en paragraaf 3.2.3.

<sup>15</sup> Paragraaf 6.2.

<sup>16</sup> Paragraaf 5.3.3.2.1.

<sup>17</sup> Paragraaf 5.3.3.1.3 en 5.3.3.1.4.

<sup>18</sup> Paragraaf 6.2.

<sup>19</sup> Paragraaf 6.3.1.1.

<sup>20</sup> Paragraaf 6.3.1.2.

nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden. Deze vier onderdelen van de disculpatieregeling zijn cumulatief, niet-limitatief en moeten objectief worden benaderd.<sup>21</sup> Het gaat bij het beantwoorden van de vraag of in de zin van de disculpatieregeling is gezorgd, niet om de subjectieve omstandigheden van de geadresseerde, maar om wat objectief van een geadresseerde zou mogen worden verwacht aan te nemen maatregelen, te verschaffen middelen, te geven bevelen en te houden toezicht.

Naar aanleiding van de disculpatieregelingen rees in paragraaf 6.3.1.2 de vraag naar de verhouding tot de vorm van de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie die ziet op het hebben betracht van alle mogelijk te vergen zorg. Ging het bij disculpatieregelingen nog om de *objectieve* benadering van de vraag of is gezorgd, naar aanleiding van een aangedragen verweer 'dat alle redelijkerwijs van deze verdachte te vergen zorg is in acht genomen' zal moeten worden gezien of er in het *subjectieve*, concrete geval sprake van is dat de geadresseerde niet heeft gezorgd.

Op basis van voorgaande constructie is aan het eind van paragraaf 6.3 nog één andere bijzondere kwestie besproken. De speciale daderschapsvorm bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin maakt de weg vrij voor daderschap bij rechtspersonen dat naast het functionele corporatieve daderschap moet worden geplaatst.<sup>22</sup> Zorgplichtbepalingen bieden ruimte aan *rechtstreeks* daderschap van de rechtspersoon. Anders dan bij functioneel daderschap van rechtspersonen het geval is, hoeft bij rechtstreeks daderschap geen gedraging (in traditionele zin) van een ander te worden tussengeschoven en toegerekend aan de rechtspersoon. De ongewenste situatie heeft ten aanzien van zowel natuurlijke personen als rechtspersonen tot gevolg dat 'niet is gezorgd'. Een gedraging in de zin van doen en/of laten speelt daarbij geen rol zodat zelfs niet *kan* worden toegerekend. Functioneel corporatief daderschap is ten aanzien van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen dus geen optie.

### 7.3 In het perspectief van de rechtsstaat

Voorgaande verkorte weergave van de daderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin en van de eigenheden behorende bij die constructie, doen verschillende vragen rijzen. De voornaamste kwestie is of de betreffende constructie overeind zou moeten blijven en zo ja, in hoeverre, waarom en hoe. Teneinde die vragen te beantwoorden, zal de bijzondere constructie eerst langs de rechtsstatelijke meetlat (moeten) worden gelegd die in hoofdstuk 2 is opgebouwd.<sup>23</sup> Daarna wordt gezien op welke wijze welk deel van de constructie eventueel kan blijven bestaan.

In hoofdstuk 5 is duidelijk geworden dat de toegenomen belangstelling van de wetgever voor wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zich

---

<sup>21</sup> Paragraaf 6.3.1.2.

<sup>22</sup> Paragraaf 6.3.2.

<sup>23</sup> Paragraaf 2.2.

voornamelijk heeft beperkt tot het wettelijk *vastleggen* van strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepalingen. Bij de heropleving van zorgplichtbepalingen bestond geen aandacht voor de materieelstrafrechtelijke inhoud van het gedragsbestanddeel 'zorgen'.<sup>24</sup> Dat wil zeggen dat vrijwel geen overwegingen zijn gewijd aan de invulling van ouderschap. De op dat onderdeel bijzondere materieelrechtelijke werking van zorgplichtbepalingen lijkt echter uit de pas te lopen met de beperkingen die een democratische rechtsstaat stelt aan de uitoefening van het ius puniendi.<sup>25</sup> Machielse en Schaffmeister wijzen terecht op het gegeven dat ook een dergelijke 'hypertrofie aan strafbepalingen' dient te worden beheerst door "*dezelfde uit het vrijheids- en rechtsstaatsideaal afgeleide beginselen [...] die ook voor het commune strafrecht gelden*" en zij wijzen daarbij ondermeer op het legaliteitsbeginsel.<sup>26</sup> Het was al eerder aan de orde: rechtsstatelijke uitgangspunten gelden ook in het bijzondere strafrecht en bij bijzondere regelingen.<sup>27</sup>

Kritiek in de literatuur wordt voornamelijk aangedragen vanuit het legaliteitsbeginsel en dan met name op basis van het 'lex certa'-gebod. Vooral de vaagheid speelt de zorgplichtbepaling namelijk parten. Twee andere kritiekpunten van formaat in rechtsstatelijk perspectief hangen samen met de opvatting dat de overheid slechts het ius puniendi kan uitoefenen indien sprake is van een *gedraging*.<sup>28</sup> De twee vragen die in dat verband in dit onderzoek zijn gerezen, zijn (i) in welke mate is bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wel daadwerkelijk sprake van een gedraging (in rechtsstatelijke zin) als ingang naar bestraffing en daarnaast (ii) wie geeft invulling aan de inhoud van de zorggedraging en het bijbehorende ouderschap van de hier besproken zorgplichtbepalingen: de wetgever of de rechter?

*Ad i) gedraging in de rechtsstaat: waarneembaar en individualiseerbaar?*

Van Woensel heeft laten zien dat in het perspectief van de wetgever, ook voor het begaan van delicten met een heel ruime en abstracte omschrijving, altijd wel op één of andere manier een gedraging vereist is.<sup>29</sup> Dat lijkt ten aanzien van zorgplichtbepalingen in enge zin niet het geval te zijn.<sup>30</sup> De vraag is daardoor of de ouderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wel houdbaar is in een democratische rechtsstaat. In hoofdstuk 2 is uiteengezet waarom de gedraging in de hoedanigheid van een complex van doen en/of laten (die, afgezet tegenover de zorggedraging, herhaaldelijk als *traditio-*

<sup>24</sup> Paragraaf 3.3 en 4.3.

<sup>25</sup> Paragraaf 2.2.

<sup>26</sup> A.J.M. Machielse en D. Schaffmeister, 'Onrecht en zorgplicht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-52, zie p. 39.

<sup>27</sup> Paragraaf 3.2.

<sup>28</sup> Paragraaf 2.2.

<sup>29</sup> A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 20-21.

<sup>30</sup> Paragraaf 6.2.

neel is bestempeld) de best mogelijke ingang naar bestraffing is.<sup>31</sup> Vanuit materieelstrafrechtelijk oogpunt spelen twee karakteristieken daarbij een voorname rol: de gedraging is waarneembaar en de gedraging heeft een unieke individuele binding met de dader.<sup>32</sup> Beide karakteristieken lijken bepaald niet op de voorgrond te staan bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Om te bepalen of de zorgplichtbepaling en het bijbehorende ouderschap in een democratische rechtsstaat houdbaar zijn, moet de vraag worden gesteld in welke mate de zorggedraging eveneens door de twee voornoemde karakteristieken wordt getekend.

In hoofdstuk 2 is gewezen op de vrije wilsbepaling van de geadresseerde. Indien het ouderschap bij zorgplichtbepalingen tot stand komt zonder dat de dader zich daarvan bewust is, kan de ouderschapsconstructie niet overeind blijven in een democratische rechtsstaat. Kenmerkend aan de gedraging als ingang naar bestraffing is dat de dader zich bewust gedraagt. Dat hij de vrije keuze heeft om te gedragen, maakt dat de gedraging voor zijn rekening komt of, anders gezegd, hem kan worden toegerekend (in de betekenis die daaraan gezien hoofdstuk 2 toekomt). Dat de dader als vrije burger tot zijn gedrag komt, maakt mogelijke bestraffing door de overheid acceptabeler dan in geval slechts van bijvoorbeeld een rechtsgoedschending zonder gedraging sprake zou zijn.<sup>33</sup> In dat geval ontbreekt namelijk de unieke en noodzakelijke objectieve band tussen de individuele dader en de gebeurtenis.<sup>34</sup>

De delictsgedraging van zorgplichtbepalingen, die geen gedraging in traditionele zin is, is 'begaan' indien zich een door de wetgever ongewenste situatie voordoet. Zodra die situatie zich voordoet, is de geadresseerde – behoudens disculpatieregeling – dader. De door de wetgever ongewenste situatie is duidelijk niet op dezelfde wijze aan de dader te binden als traditionelere delictsgedragingen dat zijn. Vanuit rechtsstatelijk perspectief zal bij zorgplichtbepalingen de *ongewenste situatie* op zichzelf nog wel waarneembaar zijn, maar dat geldt niet, of althans in mindere mate, voor de geadresseerde die niet zorgt. Door die 'onzichtbaarheid' van de geadresseerde wordt geen recht gedaan aan de benodigde (mogelijkheid van) originele, individuele koppeling tussen de zorggedraging en de dader daarvan in de wettelijke zorgplichtbepaling. Juist die unieke connectie tussen de individuele dader en de gebeurtenis is van belang om uitoefening van het *ius puniendi* in een rechtsstaat aanvaardbaar te maken.<sup>35</sup> De bewuste gedraging als grondslag is bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin te zeer uit beeld verdwenen. Bij zorgplichtbepalingen wordt immers niet gekeken naar enige handeling bij het bepalen van ouderschap. Er wordt alleen gekeken naar de situatie. Zodra die situatie er is, is er ouderschap. Bij het ouderschap van die bepalingen kan tussen dader en ongewenste situatie geen originele

---

<sup>31</sup> Paragraaf 2.2.

<sup>32</sup> Paragraaf 2.2.4.

<sup>33</sup> Paragraaf 2.2.3 en 3.3.

<sup>34</sup> Paragraaf 3.2.2.

<sup>35</sup> Paragraaf 2.2.



koppeling worden aangeduid op basis waarvan rechtsstatelijk acceptabel zou kunnen worden gesanctioneerd. In vergelijking met omissiedelicten is het zo dat voor daderschap in verband met nalaten in de zin van bijvoorbeeld art. 450 Sr moet worden nagegaan en vastgesteld of de dader erbij was, heeft gezien wat er gebeurde, waarom hij besloot niet in te grijpen. Pas dan kan worden gesteld dat hij heeft nagelaten op een strafrechtelijk relevante wijze. Waar het om gaat, is dat daar wordt gezocht naar de gedraging van die ene dader. Bij zorgplichtbepalingen wordt slechts de vraag gesteld: deed de ongewenste situatie zich voor? Zo ja, dan is de geadresseerde – dat wil zeggen degene tot wie de plicht te zorgen is gericht – dader zonder enige gedraging of koppeling daarmee.

Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin lijken daarom in hun huidige vorm niet overleidend te kunnen blijven in het democratisch rechtsstatelijk kader dat in hoofdstuk 2 is uitgewerkt. Waar namelijk bij zorgplichtbepalingen de traditionele gedraging is vervangen door een door de wetgever 'ongewenste situatie' daar is op hetzelfde moment de staatsmacht om te sanctioneren te onbeperkt geworden. Het *ius puniendi* is dan niet meer afdoende beteugeld. Bij zorgplichtbepalingen kan – met andere woorden – niet worden gesproken van (in de wet aangeduide) daders die naar aanleiding van hun individuele, vrijwillige gedrag geconfronteerd worden met de toepassing van het *ius puniendi*.

#### *Ad ii) verhouding wetgever – rechter*

Bij vrijwel alle zorgplichtbepalingen is er de plicht voor geadresseerden om te zorgen voor een situatie die door de wetgever als wenselijk wordt beschouwd. Dat wordt in beleidsnota's en rapporten als voordeel gezien omdat voor de geadresseerde verschillende gedragsalternatieven zouden open staan.<sup>36</sup> De geadresseerde burger mag bij zorgplichtbepalingen zelf kiezen op welke wijze hij ervoor zorgt dat de gewenste situatie zich voordoet. Daaraan kleven echter ook minder verheugende kanten. De al aangekondigde tweede vraag die tegen de achtergrond van de rechtsstaat moet worden gesteld, is in hoeverre de rechter bij het bepalen van de mate van zorg al dan niet gedwongen op de stoel van de wetgever terechtkomt.

In het bovenstaande is meermaals naar voren gekomen dat de wetgever de materieel strafrechtelijke invulling van het daderschap bij zorgplichtbepalingen niet op de agenda had staan. Weliswaar is in (veel lagere) regelgeving de door de wetgever gewenste *situatie* enigszins uitgewerkt, maar de zorggedraging omvat meer, zodat de rechter én bepaalt in welk geval zich de ongewenste situatie voordoet (hetgeen vrij willekeurig zou kunnen zijn) én is opgezaald met de nadere nuancering van de zorggedraging middels de disculpatieregeling. Het probleem schuilt met name in de onduidelijkheid voor de geadresseerde die voorgeschreven krijgt wat positief gezien wél behoort te gebeuren, daaraan zelf invulling geeft, en pas achteraf van de *rechter* mag vernemen dat de inspanning die hij heeft betracht door deze rechter niet wordt gezien als de verlangde zorg omdat in

<sup>36</sup> Nota 'Bruikbare rechtsorde', *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 20.

de ogen van de rechter de gewenste situatie zich niet voordoet. Het gaat in dit onderzoek niet zozeer om het 'lex certa'-gebod en de opdracht tot duidelijke regelgeving, maar om de *consequentie* van een te vaag en ruim omschreven gedraging, namelijk dat de rechter materieelrechtelijk betekenis geeft aan de verlangde zorg en daardoor in plaats van de wetgever de essentie van de strafbepaling en van strafbaarheid bepaalt: het daderschap.

De verdeling in een democratische rechtsstaat is dat de wetgever duidelijk maakt wanneer sprake is van een strafbaar feit en de rechter daaraan invulling mag geven. De wetgever heeft bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin vastgelegd: 'X' is een ongewenste situatie en de geadresseerde is daarvoor verantwoordelijk. De geadresseerde zal zelf moeten zien op welke wijze hij zorgt en de rechter zal achteraf bedenken of daarmee in zijn ogen is voldaan aan de verlangde zorg. Nu is dat voor de *eerste stap* van de zorggedraging niet zo problematisch. Het zal veelal wel duidelijk zijn welke situatie zich heeft voorgedaan zodat ook duidelijk zal zijn of dat wel of niet de door de wetgever ongewenste situatie was. De *tweede stap* evenwel, waarin ten aanzien van de zorggedraging kan worden aangevoerd dat de objectief nodige bevelen zijn gegeven, maatregelen zijn genomen, middelen zijn verschaft en het objectief redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden, is discutabeler. Daar wordt plotseling in het licht van de bewijsvraag bij de beoordeling van de zorggedraging van de rechter gevraagd te bepalen welke objectieve zorg werd verlangd. In die gevallen zou namelijk achteraf gezien toch geen sprake zijn van een door de wetgever ongewenste situatie. Onderdeel van de zorggedraging zijn de van oudsher gegolden hebbende, maar thans niet wettelijk meer geregelde, disculpatieregelingen. De hedendaagse zorggedraging voorziet de geadresseerde in de mogelijkheid zich te disculperen ondanks dat de door de wetgever ongewenste situatie zich voordoet. En het is aan de rechter daaraan materieelrechtelijk invulling te geven en de strafrechtelijke keuze van de wetgever al dan niet te doorkruisen waarbij ten aanzien van de objectieve disculpatiegronden deze kwestie onderdeel is van de vraag naar het daderschap. Dat komt de rechtsstatelijke verhouding tussen wetgever en rechter voor wat betreft de vormgeving van strafrechtelijk daderschap niet ten goede.

Anders dan de wetgever op enig moment heeft gedacht, is de disculpatieregeling ook niet ingehaald door bijvoorbeeld het 'afwezigheid van alle schuld'-leerstuk. Deze *derde stap* bij het vaststellen van de zorggedraging komt pas aan de orde indien het verweer wordt gevoerd dat de geadresseerde de maximale subjectieve zorg heeft betracht. Dit staat los van de disculpatieregeling. De disculpatieregeling vormt namelijk een duo met de ongewenste situatie en hoort daarom bij het daderschap. De eerste twee stappen zijn meer aan elkaar verknocht. De derde stap is een specifiek onderdeel van de verwijtbaarheidsvraag dat aan de orde komt bij de bewijsvraag wanneer wordt gezocht naar de gedraging en het daderschap. Anders dan de ongewenste situatie en de disculpatieregeling, geeft het 'maximale zorg'-verweer geen aanduiding van de mate van zorg. Dat de rechter bekijkt of in het concrete geval van de geadresseerde door deze de

maximale subjectieve zorg in acht is genomen, levert geen rechtsstatelijk probleem op. Hoewel de beantwoording van het verweer aan de orde is bij de bewijsvraag en de gedraging, blijft in de kern sprake van een schulduitsluitingsgrond. Dergelijke uitsluitingsgronden hebben betrekking op gevallen die alleen ten aanzien van de dader werken en hebben geen bredere werking. De rechter neemt bij de eventuele derde stap dus niet onwenselijk de positie van de wetgever over.

Niettegenstaande dat daaraan een bescheiden voordelige kant kleeft doordat – anders dan bij de meeste andere delicten – bij zorgplichtbepalingen in enge zin een deel van de vraag naar de verwijtbaarheid aan de orde komt als onderdeel van de bewijsvraag, blijft uiteindelijk het gevolg van zorgplichtbepalingen dat de rechter op de stoel van de wetgever terechtkomt. En ondanks dat een dergelijke verschuiving van het primaat tot op zekere hoogte – mede vanuit Europees mensenrechtelijk perspectief – aanvaardbaar is en meestentijds niet kan worden vermeden<sup>37</sup>, schiet die verplaatsing bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin dermate ver door dat zelfs het bescheiden voordeel van een inhoudelijk uitvoeriger beoordeling van de eerste vraag uit het vierstappenmodel, daartegen niet opweegt. Naast dat hierboven al duidelijk was geworden dat in zorgplichtbepalingen geen sprake is van een aanvaardbare vorm van een gedraging, komt nu dus ook nog dat de rechter te zeer zelfstandig bepaalt wat de materiële norm inhoudt. Daarbij is bovendien veel afhankelijk van de houding en het initiatief van de verdediging gedurende het strafproces. De verdachte is immers degene die een beroep op de disculpatieregeling zal moeten doen en, ondanks dat we nog steeds in het te bewijzen daderschap zitten, tot op zekere hoogte zal moeten onderbouwen dat hij daar terecht een beroep op doet, dat wil zeggen, dat hij inhoudelijk aan de betrekkelijk hoge eisen van de disculpatieregeling voldoet. Mede om aan dat ongerief (deels) tegemoet te komen, zou het een mogelijkheid kunnen zijn over te gaan tot (hernieuwde) wettelijke regeling van disculpatiegronden. In het navolgende zal daarbij nog worden stilgestaan.

### *Tussenstand*

Samengevat moet worden vastgesteld dat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wegens hun bijzondere daderschapsvorm in het licht van de democratische rechtsstaat niet voldoende toereikend in het hedendaagse materiële strafrecht kunnen worden ingepast. Problematisch blijft dat het bijzondere daderschap bij de hier onderzochte zorgplichtbepalingen een vorm van risico-daderschap betreft waarvan de inhoud te zeer wordt bepaald door de rechter in plaats van door de wetgever. In de weinige toelichting die is gegeven, bleken zorgplichtbepalingen in enge zin herhaaldelijk te neigen naar ‘garanderen’ en ‘verzekeren’ als invulling van de zorggedraging. Met dergelijke vormen van risicoverdeling hoeft in het strafrecht onder omstandigheden niets altijd iets mis te zijn (paragraaf 6.2.10). Risico-daderschap wordt misschien minder verstrekkend

---

<sup>37</sup> Paragraaf 2.3.

gevonden dan bijvoorbeeld risico-aansprakelijkheid. De combinatie in zorgplichtbepalingen echter met de vaagheid van het zorgbestanddeel en de uit balans geraakte rechtsvorming maakt, dat het ouderschap bij zorgplichtbepalingen in enge zin bedenkelijker is dan bij andere bepalingen en constructies.

Bij zorgplichtbepalingen zijn sterke twijfels gerezen omtrent de rechtsstatelijke houdbaarheid van het bijbehorende bijzondere, materieel strafrechtelijke, ouderschap. Ten eerste is namelijk van een gedraging geen sprake en ten tweede komt de rechter teveel op de stoel van de wetgever terecht bij het bepalen van de inhoud van de zorgplichtbepaling. Zou daarom niet het credo 'bij twijfel, niet doen' moeten worden gevolgd?

#### **7.4 Beantwoording centrale vraagstelling: buigen voor de rechtsstaat?**

De vraag of het 'zorgen' een zodanig eigen betekenis met bijbehorende consequenties voor het strafrechtelijk ouderschap heeft, dat de zorggedraging náást de traditionele gedraging in de zin van doen en/of laten moet worden gepositioneerd, is bevestigend beantwoord. Dat lijkt problematisch te zijn in een democratische rechtsstaat. Vervolgens is daarom de vraag opgeworpen of afkeuring door de samenleving in de vorm van bestraffing door de overheid wel kan plaatsvinden zonder dat de aanwezigheid van een gedraging in voornoemde traditionelere zin noodzakelijk is. Tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel (en daaruit voortvloeiende eisen) als democratisch rechtsstatelijke hoeksteen van het strafrecht is de gedraging in traditionelere zin tot nog toe de beste invulling geweest. In dat perspectief moet de centrale vraagstelling van dit onderzoek worden geplaatst. *"In hoeverre kan in het licht van de democratische rechtsstaat het bijzondere (corporatieve) ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin voldoende toereikend in het hedendaagse materiële strafrecht worden ingepast?"* Het antwoord daarop is in het bovenstaande langs twee wegen gezocht, te weten de gedraging en de verdeling van verantwoordelijkheden tussen wetgever en rechter.

Eenzijds is gekeken naar de mate waarin bij zorgplichtbepalingen nog sprake is van een gedraging die weliswaar niet traditioneel is, maar misschien wel zou kunnen voldoen aan de eisen die de rechtsstaat daaraan als ingang naar strafrechtstoepassing (uitoefening van het *ius puniendi*) stelt. De slotsom van de betreffende beschouwing is dat de zorggedraging bij zorgplichtbepalingen niet voldoet aan de karakteristieken die in hoofdstuk 2 zijn gegeven en waaraan een gedraging ten minste zou moeten voldoen om in een democratische rechtsstaat als acceptabele ingang naar bestraffing te gelden. De delictsgedraging in een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin wordt gevormd door een door de wetgever ongewenste situatie. Die situatie is niet voldoende waarneembaar en niet voldoende op unieke en oorspronkelijke wijze in verband te brengen met een autonoom handelende bewuste (geadresseerde) burger.

Anderzijds is gekeken naar de verhouding tussen wetgever en rechter bij het vormgeven van het strafrecht. Het primaat ligt in die verhouding – ook vanuit Europees mensenrechtelijk perspectief – in beginsel bij de wetgever. De wetgever

heeft er bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin evenwel voor gekozen de bepalingen zodanig vorm te geven, dat de rechter gedwongen wordt (te) zeer zelfstandig te beoordelen wat de inhoud van de zorggedraging is. De bedoeling van de wetgever lijkt in veel huidige gevallen te zijn geweest de praktijk de ruimte te geven zelf in te vullen hoe een bepaalde gewenste situatie wordt bereikt. Maar wat betekent dat voor de Europese foreseeability en de accessibility? Het gevolg van voornoemde benadering is dat de geadresseerde vooraf niet weet hoe zodanig te handelen dat daarmee ouderschap casu quo strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden vermeden en pas achteraf verneemt van de rechter wat werkelijk van de geadresseerde werd verwacht. Daarmee is op twee manieren iets mis: (i) de rechter bepaalt de inhoud van de zorggedraging en daarmee de reikwijdte van het ouderschap casu quo strafrechtelijke aansprakelijkheid en (ii) vooraf is niet duidelijk wat de reikwijdte is van de strafbepaling.<sup>38</sup> Wat daar bovenop komt, is de inspanning die van de geadresseerde wordt verlangd om zichzelf vrij te pleiten. Indien zich de ongewenste situatie voordoet, heeft hij de schijn tegen zich en kan hij aan het zwaard van het strafrecht slechts ontkomen door een actieve houding. Van de geadresseerde wordt verwacht dat hij – conform de tekst van de vergane disculpatieregelingen – zelf aantoonde dat hij objectief gezien, heeft gezorgd en eventueel als ‘afwezigheid van alle schuld’-verweer nog aanvoert dat hij weliswaar niet heeft gezorgd maar dat een grotere inspanning van hem in zijn concrete geval ook niet kon worden gevergd. Een bescheiden niet-nadelig effect daarvan is wel dat in geval dergelijke verweren op de juiste wijze worden gevoerd de rechter dan, anders dan bij andere bepalingen, bij het doorlopen van de stappen van de hoofdvragen uit het beslissingsmodel reeds in het kader van het bewijs van de delictsgedraging tegen de gevoerde verweren aanloopt. Wil de rechter vervolgens tot een bewezenverklaring komen, dan zal hij dieper moeten graven om het ‘niet zorgen’ te kunnen bewijzen dan het geval was in geval geen verweer werd gevoerd.<sup>39</sup> Dit biedt slechts in beperkte mate compensatie voor de lage ouderschaps-drempel op weg naar strafbaarheid die voor het overige geldt bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin.

Het antwoord op de centrale vraagstelling luidt naar aanleiding van het voorgaande dat in het licht van de democratische rechtsstaat het bijzondere (corporate) ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin onvoldoende toereikend in het hedendaagse materiële strafrecht kan worden ingepast.

<sup>38</sup> Dit laatste punt dat in het teken staat van het ‘lex certa’-gebod als onderdeel van het legaliteitsbeginsel is in andere literatuur besproken. In onderhavig onderzoek stond de op ouderschap gerichte materieelrechtelijke invulling van de zorggedraging en de betekenis daarvan voor de rechtsvorming centraal.

<sup>39</sup> Indien rechtstreeks en ernstig het vermoeden rijst dat een uitsluitingsgrond zich voordoet, is het ambtshalve aan de rechter aan de kwestie aandacht te besteden.

## 7.5 Ruimte voor ouderschap bij zorgplichtbepalingen?

Democratisch rechtsstatelijk en daarmee tegen de achtergrond van art. 1 Sr en art. 7 EVRM bezien, zouden zorgplichtbepalingen, bij gebrek aan een tegen die achtergrond aanvaardbare gedraging, moeten worden verworpen. Desondanks komt de vraag op of de wetgever wel een keuze heeft bij de vormgeving van deze bepalingen. Dwingt immers het complexe economisch ordeningsrecht niet tot een vormgeving van sommige bepalingen die aansluit bij de complexiteit van de markt en het professioneel zakelijke leven op die markt? Mogelijk zijn wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin onvermijdelijk en zijn ze onmisbaar voor de regulering van ordeningsrechtelijke verhoudingen.

Daartegenin moet worden gebracht dat in de literatuur is betoogd dat de wetgever soms te gretig is bij het kiezen voor strafbaarstelling middels zorgplichtbepalingen en dat voor die vormgeving geen noodzaak bestaat.<sup>40</sup> Naast dat voor de wetgever in dergelijke gevallen een hang naar gemakzucht leidend lijkt te zijn, is het van belang erop te wijzen dat die gemakzucht onnodig is. De betreffende bepalingen zouden namelijk ook anders kunnen worden vormgegeven. Voordat op een dergelijke alternatieve vormgeving kan worden ingegaan, moet worden aangestipt dat ondertussen wel duidelijk is geworden dat over wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin iets meer zou mogen worden nagedacht. De wetgever zou nadrukkelijker te kennen mogen geven zich bewust te zijn van de materieelrechtelijke problematiek die samenhangt met het ouderschap bij de hier onderzochte zorgplichtbepalingen. Met alleen al aandacht voor die kwestie zou een hoop gewonnen zijn. En als de wetgever er dan toch over nadenkt, zou misschien een oplossing kunnen worden gevonden waarmee het rechtsstatelijk hiaat kan worden overbrugd.

Hieronder zullen twee oplossingen worden aangedragen en besproken. Allereerst betreft dat de mogelijkheid om wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin te herformuleren met behulp van een concrete gedraging in traditionele zin. Ten tweede wordt aandacht besteed aan de gedachte de disculpatieregeling van een centrale eigen wettelijke basis te voorzien.

### *Mogelijke verbetering: zorggedraging wegschrijven?*

Meermaals is aangevoerd dat de 'zorggedraging' – gechargeerd gesteld – de bron van al het kwaad is. Het hierboven ingenomen standpunt is daarom dat zorgplichtbepalingen in enge zin moeten verdwijnen. Dat resultaat kan worden bereikt door de betreffende bepalingen te schrappen. Het kan echter ook minder rigoreus. Een optie is de bepalingen te laten voortbestaan, maar de wijze waarop de delictsgedraging is geformuleerd te wijzigen. De gedraging zou dan niet moeten worden gegoten in termen als 'zorgen', 'zorg dragen' en dergelijke formu-

---

<sup>40</sup> H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 127-128.

leringen meer, maar zou moeten worden geconcretiseerd. In hoofdstuk 5 is daartoe een aantal malen een voorzet gegeven. Zo is in paragraaf 5.2.4 de vraag opgeworpen waarom niet in plaats van *“hij die geen voldoende zorg draagt voor het onschadelijk houden van een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier”* zou kunnen worden gesproken van *“De persoon die een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier niet onschadelijk houdt”*. In het ‘houden’ zou in deze alternatieve redactie de concrete en traditionele delictsgedraging worden teruggevonden die op unieke wijze de individuele dader bindt aan de gebeurtenis. Pas dan kan een geadresseerde in een rechtsstaat door middel van leedtoevoeging verantwoordelijk worden gehouden voor wat hij heeft gedaan of nagelaten. Bij een delictsgedraging die is vormgegeven middels het werkwoord ‘zorgen’, is dat niet mogelijk. Bij een delictsgedraging die is vormgegeven middels bijvoorbeeld het werkwoord ‘houden’ kan dat wel.

Het gaat er dus in de eerste mogelijke verbetering om dat strafbaarstelling over de band van een zorggedraging moeten worden verworpen omdat het aan de delictsgedraging gekoppelde ouderschap op vanuit rechtsstatelijk oogpunt onaanvaardbare wijze ontstaat. Een (relatief eenvoudige) oplossing is de betreffende wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin te herformuleren. En als het op die manier anders kan, dan dwingt het legaliteitsbeginsel daar ook toe. Mocht desondanks daarvoor niet worden gekozen, en worden vastgehouden aan bepalingen waarin het werkwoord ‘zorgen’ als gedragsbestanddeel is opgenomen, dan zou nog een andere oplossing moeten worden overwogen.

*Mogelijke verbetering: herstel van de disculpatieregeling?*

Eerder (in paragraaf 6.3) is aan de orde geweest dat de wetgever op enig moment onterecht heeft besloten afscheid te nemen van de verschillende disculpatieregelingen die verspreid over de bijzondere wetgeving waren opgenomen. Het onjuiste argument daarvoor was dat de disculpatieregelingen zouden zijn vervangen door het leerstuk ‘afwezigheid van alle schuld’. Disculpatieregelingen moeten echter, zo is in het bovenstaande betoogd, los worden gezien van de exceptie ‘afwezigheid van alle schuld in de zin van de maximaal te vergen zorg’. Overigens kan daarmee tevens de zorggedraging tijdens de bewijsvraag worden betwist (paragraaf 6.3).

Waar het hier om gaat, is dat de ‘disculpatieregeling’ en de door de wetgever ‘ongewenste situatie’ een duo zijn. De twee zijn verknocht en een vergelijkbare band heeft geen van beide met de ‘afwezigheid van alle schuld’-exceptie. De ‘afwezigheid van alle schuld’-exceptie dat niet de maximale zorg is betracht, biedt namelijk geen aanduiding van wat de zorg is. Bovendien is onvoorspelbaar wat de rechter met een ‘afwezigheid van alle schuld wegens de betrachte maximale zorg’-verweer gaat doen. Het opnieuw opnemen van een disculpatieregeling in de wet zou de bijzondere ouderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wat acceptabeler kunnen maken omdat daarmee in de wet aan de geadresseerde duidelijk kan worden gemaakt wanneer hij

de verlangde zorg heeft betracht. Zoals gezegd, kan hij dat niet afleiden uit de 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie. Een dergelijke verduidelijkende rol van wat de zorggedraging is, kan het onbestemde verweer dat de maximale zorg is betracht, immers niet vervullen. Het bijkomend voordeel van het weer opnemen van een disculpatieregeling is dat de wetgever zou worden gedwongen zich inhoudelijk uit te spreken over de materieelrechtelijke inhoud van de zorggedraging. Door de disculpatieregeling in de wet op te nemen, zou door de wetgever in ieder geval worden bekrachtigd dat het de rechter is toegestaan de inhoud van de zorggedraging vast te stellen aan de hand van de door de wetgever in de (wettelijke) disculpatieregeling opgenomen criteria. Ook dwingt het de hedendaagse wetgever naar de ouderschapsconstructie bij zorgplichtbepalingen te kijken, zodat in ieder geval kan worden gesteld dat – wat daaruit ook mag voortkomen – het de goedkeuring van de wetgever kan dragen. Op die manier zou de thans scheve verhouding tussen wetgever en rechter voor wat betreft de invulling van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen weer in balans komen.

De logische vervolgvragen zijn (i) hoe een nieuw in te voeren disculpatieregeling eruit zou moeten zien en (ii) in welke (bijzondere) wet(ten) de regeling terecht zou moeten komen. De vragen lenen zich voor gezamenlijke behandeling in het navolgende.

Er kan aan verschillende wijzen van vormgeving worden gedacht. Er zou bijvoorbeeld een algemeen overkoepelende bepaling kunnen worden geschreven waarin alle delicten zijn opgesomd die als wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin hebben te gelden en ten aanzien waarvan vervolgens wordt gesteld dat aan de in de betreffende artikelen verlangde zorg wordt geacht te zijn voldaan indien de geadresseerde aantoonbaar, dat door hem de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden om de naleving van zorgverplichting te verzekeren. Een punt van aandacht is dan of de overkoepelende disculpatieregeling in het Wetboek van Strafrecht of in de Wet op de economische delicten zou moeten worden neergelegd. De reden een dergelijke disculpatieregeling in het commune Wetboek van Strafrecht op te nemen, zou verband houden met de paar commune bepalingen die buiten de boot zouden vallen indien deze disculpatieregeling uitsluitend in de Wet op de economische delicten terecht zou komen. Een andere mogelijkheid dan een algemeen overkoepelende bepaling, zou zijn het per wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin als artikellid uitschrijven van de disculpatieregeling. Het voordeel daarvan is dat bij iedere toepassing van de bepaling, de gebruiker ervan wordt ingescherpt dat het een bijzondere bepaling is. Dat zou niet alleen praktisch zijn voor de toepasser en voor de geadresseerde. Tevens zou namelijk de legaliteit ermee zijn gediend doordat iets duidelijker wordt hoe ver de zorggedraging reikt indien in dezelfde bepaling een artikellid voorkomt waarin de disculpatieregeling die verduidelijking biedt. De derde en beste mogelijkheid zou een combinatie van de eerste twee mogelijkheden zijn. Dat houdt in dat om te beginnen een algemene regeling wordt



opgenomen in het Wetboek van Strafrecht met de volgende tekst.

*“In bepalingen waarin het ouderschap wordt bepaald door de afwezigheid van vereiste zorg, wordt geacht aan die zorg te zijn voldaan indien de geadresseerde aantoonst dat door hem de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden om de naleving te verzekeren van de betreffende bepaling waarin de zorg is opgenomen”.*

Deze regeling zou, als *daderschapsuitsluitingsgrond*, bij voorkeur vooraf gaan aan de *strafbaarheidsuitsluitingsgronden* en terecht moeten komen voor art. 39 in Titel III van het Eerste boek. Het opschrift van de derde titel (‘Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid’) zou dan ook gewijzigd moeten worden. Een mogelijke titel zou zijn ‘Uitsluiting en uitbreiding van ouderschap en strafbaarheid’.

Vervolgens zou in een speciaal daarop toegesneden artikellid of zelfs al in de tweede volzin in de onderscheidenlijke wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, een verwijzing moeten worden gemaakt naar de betreffende nieuwe algemeen overkoepelende disculpatieregeling in het Wetboek van Strafrecht. Deze constructie komt naar de vorm overeen met de strafvorderlijke regeling van art. 96a lid 3 Sv. Op die bepaling wordt in het kader van een groot aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden teruggegrepen middels de woorden ‘art. 96a lid 3 Sv is van overeenkomstige toepassing’.<sup>41</sup> De reden om ook bij de specifieke bepalingen nadrukkelijk aan te haken bij de disculpatieregeling is gelegen in de eerder genoemde verknochtheid tussen ‘ongewenste situatie’ en disculpatieregeling. Daarnaast voorkomt het oeverloze herhaling van de letterlijke tekst van de disculpatieregeling en, niet in de laatste plaats, wordt de lezer van de bepaling telkens en terecht herinnerd aan het bestaan en aan het van toepassing zijn van de disculpatieregeling. Het benadrukt daarbij het bij elkaar horen van beiden als onderdeel van het oordeel over het ouderschap, meer dan dat het een strafuitsluitingsgrond zou zijn.

Het voordeel van het opnieuw opnemen van een disculpatieregeling zou in ieder geval zijn dat het de wetgever zou dwingen nog eens kritisch vanuit rechtsstatelijk perspectief naar de materieelrechtelijke inhoud van het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin te kijken. Een oordeel daarover van een hedendaagse wetgever die de laatste decennia geen aandacht heeft besteed aan de materieelrechtelijke positie van zorgplichtbepalingen zou niet ongelegen komen. Er wordt immers bij de vormgeving van wetgeving steeds meer gebruik gemaakt van zorgplichtbepalingen terwijl de onderbouwing ervan achterwege blijft en de inhoudelijke uitwerking niet elders kan worden gevonden dan in reeds lang vergeelde wetsgeschiedenissen.

<sup>41</sup> Bijvoorbeeld art. 126a lid 3, art. 126m lid 8 en 126nc lid 3 Sv.

*Finale slotsom*

Kort en bondig: bij voorkeur zou de wetgever ervoor kiezen de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wegens hun democratisch rechtsstatelijke onhoudbaarheid uit het strafrecht te halen. Mocht de wetgever op dat punt een andere mening zijn toegedaan, dan is het aangewezen de disculpatieregeling in ere te herstellen door in het Wetboek van Strafrecht een daarop toegesneden algemene regeling op te nemen en daarnaar te verwijzen bij iedere wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin.

## SAMENVATTING

### *Hoofdstuk 1 Inleiding*

In hoofdstuk 1 is de aanleiding tot het onderzoek besproken. In het strafrecht lijkt de laatste decennia een verruimende ontwikkeling gaande. Binnen die verruiming bewegen zich zorgplichtbepalingen in allerlei soorten en maten. Zorgplichten – in algemene zin – komen op andere rechtsgebieden dan het strafrechtelijke, veelvuldig voor. Op die andere terreinen kunnen ze ook rekenen op meer inhoudelijke aandacht. De materieelrechtelijke aandacht voor zorgplichtbepalingen vanuit het strafrecht is geringer. Dit onderzoek beoogt de betreffende leemte op te vullen.

Daarnaast is het begrip wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin toegelicht. Het onderzoek is beperkt tot zorgplichtbepalingen die strafrechtelijk zijn gesanctioneerd. Het is beperkt tot *wettelijke* bepalingen. Daardoor is lagere regelgeving in beginsel buiten beschouwing gebleven. Het sluitstuk van de definitie, namelijk dat het gaat om zorgplichtbepalingen ‘in enge zin’ wijst erop dat slechts die bepalingen zijn onderzocht waarin het gedragsbestanddeel wordt gevormd door het werkwoord ‘zorgen’ (en afgeleiden daarvan).

In hoofdstuk 1 is de centrale vraagstelling opgenomen. De onderzoeksvraag luidt als volgt: *“In hoeverre kan binnen de kaders van de democratische rechtstaat het bijzondere (corporatieve) daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin verantwoord in het hedendaagse materiële strafrecht worden ingepast?”*

### *Hoofdstuk 2 Gedraging als normatieve ingang naar bestraffing*

In dit tweede hoofdstuk is het toetsingskader uiteengezet waarbinnen de centrale onderzoeksvraag moet worden beantwoord. Onderzocht is waarom de gedraging als ingang naar bestraffing geldt en wat de verhouding tussen wetgever en rechter voor die ingang betekent.

De overheid is bevoegd tot het bestraffen van vrije individuen namens de samenleving die bestaat uit vrije individuen. Deze burgers kiezen de wetgever die de regels opstelt waaraan zij zich zelf hebben te houden. De regels hebben betrekking op gedragingen die niet mogen plaatsvinden. Het wel plaatsvinden van het ongewenste gedrag en de aanwijzing in de wet daarvan schept de normatieve grond op basis waarvan de overheid bestraft. Voordat daartoe wordt overgegaan, beoordeelt de onafhankelijke en onpartijdige strafrechter of sanctionering aangewezen is. De keuze voor de gedraging als ingang tot bestraffing is misschien niet ideaal maar wel optimaal. De gedraging is rechtstatelijk optimaal wegens twee onderscheidende relevante karakteristieken. De gedraging (i) is waarneembaar en (ii) brengt een originele, unieke, individuele verbinding met de dader tot stand. Een beter alternatief voor de ingang naar sanctionering is niet voorhanden.

Voor wat betreft de verhouding tussen de wetgever en de rechter geldt dat het primaat binnen de rechtsvorming bij de wetgever ligt. Vanuit Europees perspectief gezien gaat het uiteindelijk vooral om de foreseeability en de accessibility van regelgeving. Het brandpunt in dit onderzoek lag minder op het legaliteitsbeginsel en vooral op de materieelrechtelijke werking (met name gericht op het daderschap) van zorgplichtbepalingen. Daarvoor bestond in de literatuur namelijk geringe aandacht.

### *Hoofdstuk 3 Beweging binnen strafbaarheid en aansprakelijkheid*

Het tweede hoofdstuk was het theoretische hoofdstuk. Hoofdstuk 3 is het materieelrechtelijke hoofdstuk. In het derde hoofdstuk zijn de vier voorwaarden voor strafbaarheid in het hedendaagse materiële strafrecht besproken. De – in een rechtsstaat voor verantwoorde uitoefening van het ius puniendi benodigde – gedraging is een complex van doen en/of laten. Het kunnen aanduiden van een gedraging resulteert in strafrechtelijk daderschap. Daarnaast staan de andere voorwaarden voor strafbaarheid. De gedraging moet vallen binnen het bereik van een strafbepaling. Strafbepalingen bestaan in vele soorten en maten. Valt de gedraging daarbinnen, dan moet aan de andere in die bepaling genoemde omstandigheden ook nog worden voldaan. Vervolgens is voor strafbaarheid van belang dat de gedraging wederrechtelijk en verwijtbaar is; er moet geen sprake zijn van een strafuitsluitingsgrond. Indien aan deze laatste voorwaarden eveneens is voldaan, is sprake van strafbaarheid.

In het bijzonder is stilgestaan bij de eerste voorwaarde van dit vierstappenmodel, te weten de gedraging. De gedraging is nauw verbonden met het strafrechtelijk daderschap. Ten aanzien van het functionele daderschap is uiteengezet dat het in die constructie gaat om de toerekening van de gedraging van de één, aan de ander. Daarnaast is in het kader van corporatief daderschap betoogd dat rechtspersonen in beginsel alle delicten kunnen begaan. Natuurlijke personen en rechtspersonen zijn in art. 51 lid 1 Sr elkaars gelijken.

Daarnaast is in hoofdstuk 3 bekeken of er de laatste decennia beweging zit of heeft gezeten in de strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer. De slotsom daarvan is dat er weliswaar sprake is geweest van enige beroering, maar dat daardoor de (traditionele) constructie van strafbaarheid niet ingrijpend is gewijzigd, laat staan dat die op onacceptabele wijze zou zijn uitgebreid.

### *Hoofdstuk 4 Inventarisatie: welke zorgplichten?*

In hoofdstuk 4 is vooral geïnventariseerd welke bepalingen onder de gekozen definitie van ‘wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin’ vallen en welke delictsoorten daaraan verwant zijn maar toch te verschillend blijken.

Strafbepalingen bestaan in veel verschillende vormen. Onder meer doen zich zorgplichtbepalingen voor. Ook de zorgplichtbepalingen zelf kunnen zeer verschillend zijn. Soms overlappen ze met andere delictsoorten en soms herbergen ze meer dan één variant op het zorgplichtbepaling-thema. Binnen de zorgplichtbepalingen in ruime zin kunnen bepalingen worden waargenomen die simpelweg

vaag en ruim zijn en om die reden in de doctrine en in parlementaire stukken als zorgplichtbepaling worden aangeduid. Een voorbeeld daarvan is art. 5 WVV. Ook worden delicten aangetroffen die als bestanddeel kennen dat de dader 'niet alle maatregelen heeft genomen' ter voorkoming van een bepaalde situatie. Eén van de varianten binnen de zorgplichtbepalingen in ruime zin, wordt gevormd door delicten met het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. Op laatstgenoemde enge variant van zorgplichtbepalingen is voorliggend onderzoek toegespitst.

Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, moeten worden onderscheiden van (concrete) gevaarzettingsdelicten omdat de zorggedraging minder concreet lijkt te zijn dan de delictsgedraging in de gevaarzettingsdelicten. De genoemde zorgplichtbepalingen moeten eveneens worden onderscheiden van de bloot feitelijke plichten die aan geadresseerden worden opgelegd. Dat betreft delicten van geheel andere aard. Ten opzichte van een andere delictcategorie, te weten de voortdurende delicten, lijkt opnieuw de zorggedraging te eigen te zijn om op één lijn te kunnen worden geplaatst met een delictsgedraging zoals 'aanwezig hebben'. In vergelijking met omissiedelicten en oneigenlijke commissiedelicten moet worden gezegd dat wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin veel weg hebben van omissiedelicten, maar dat de zorggedraging anders lijkt te zijn dan een zuiver nalaten. Voor wat betreft de oneigenlijke commissiedelicten is vereist dat een bijzondere rechtsplicht van buiten de bepaling wordt aangewezen om het nalaten op te baseren. Bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is dat, evenals bij omissiedelicten, niet nodig. De verplichting is in de bepaling zelf opgenomen.

#### *Hoofdstuk 5 Wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin*

In hoofdstuk 5 is een aantal wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin onderzocht. Voorwerp van onderzoek waren alle betreffende bepalingen in het commune Wetboek van Strafrecht en vrijwel alle zorgplichtbepalingen die via de Wet op de economische delicten in bijzondere wetten zijn opgenomen. Daarbij is beperkt tot de vier grootste deelterreinen in de Wet op de economische delicten, te weten vervoer, financieel toezicht, arbeid en milieu. Onderzocht is of de betreffende wetgever heeft stilgestaan bij de keuze voor strafbaarstelling middels een wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepaling in enge zin. Daarnaast is onderzocht wat de materieelrechtelijke werking van de specifieke zorgplichtbepalingen is.

In de wetsgeschiedenis van de onderzochte hedendaagse wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin is weinig tot geen aandacht besteed aan (i) de keuze voor strafbaarstelling, (ii) de keuze voor vormgeving middels het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel en (iii) de betekenis van het gebruik van wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin voor de constructie van het strafrechtelijk daderschap. Slechts zeer incidenteel werd in de wetsgeschiedenis – en dan ook nog niet eens zozeer in de recente, maar in die van de vooroorlogse directe voorlopers van hedendaagse zorg-

plichtbepalingen in bijzondere strafwetten – toegelicht waarom voor het strafrecht werd gekozen of waarom het noodzakelijk was te kiezen voor een strafbaarheidsregime met behulp van een wettelijke zorgplichtbepaling.

Uit die summiere indicaties en aanwijzingen lijkt een bijzondere constructie voor het strafrechtelijk ouderschap te kunnen worden geconstrueerd. De vraag in hoeverre die constructie afwijkt van het traditionele (en tot nog toe: rechtsstatelijk optimale) model en hoe een eventuele afwijking moet worden beoordeeld, wordt in hoofdstuk 6 gezien.

### *Hoofdstuk 6 Eigenheden van ouderschap bij zorgplichtbepalingen*

In hoofdstuk 6 is aan de hand van een aantal vragen eerst in kaart gebracht tot welke ouderschapsconstructie op basis van de in het vijfde hoofdstuk gevonden indicaties kon worden gekomen. Uit het samensmelten van de bevindingen uit hoofdstuk 5, kwam naar voren dat het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, bijzonder is. Anders dan bij ouderschap naar aanleiding van reguliere delicten waarin een (meer traditionele) gedraging in de vorm van een doen en/of laten is opgenomen, kan bij voornoemde zorgplichtbepalingen het ouderschap worden gebaseerd op een door de wetgever ongewenst situatie; dus zonder enige gedraging. Deze uitzonderlijke ouderschapsconstructie, kan worden aangeduid als 'risico-ouderschap'. Daarmee is de ingang naar bestraffing (het 'zorgen') bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin, een fundamenteel andere dan de ingang naar bestraffing (het traditionele 'doen en/of laten') bij andere delicten.

In hoofdstuk 6 zijn vervolgens twee kwesties besproken: de mate van zorg en het corporatieve ouderschap bij de onderzochte zorgplichtbepalingen. Voor wat betreft de mate van zorg is het voornaamste punt dat verschillende disculpatieregelingen die lange tijd in het Nederlandse strafrecht hebben gegolden, een belangrijke rol spelen bij het bepalen van de inhoud van het ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin. Voor wat betreft het corporatieve ouderschap bij deze zorgplichtbepalingen is duidelijk geworden dat daarvoor niet de weg van de Zijpe-benadering moet worden gevolgd waarin gedragingen in de 'sfeer van de rechtspersoon' worden 'toegerekend', maar dat de rechtspersoon rechtstreeks dader is en zelfstandig de zorggedraging kan begaan. Toerekening komt daar niet aan te pas omdat bij zorgplichtbepalingen het ouderschap zonder gedraging in traditionele zin tot standkomt.

### *Hoofdstuk 7 Slotbeschouwing*

Binnen de bekritisering van zorgplichtbepalingen zijn veelal dezelfde geluiden te horen die vrijwel allemaal gericht zijn op het legaliteitsbeginsel dat tekort zou worden gedaan. Aan deze opmerkingen die stuk voor stuk betrekking hebben op de vaagheid van zorgplichtbepalingen, kan een rechtsstatelijk perspectief op de gedraging en het ouderschap worden toegevoegd. De uitoefening van het ius puniendi in een democratische rechtsstaat is gerechtvaardigd indien het plaatsvindt op basis van een gedraging. Op dat onderdeel lijken wettelijke strafrechtelijke

zorgplichtbepalingen in enge zin niet navolgenswaardig te zijn. De delictsgedraging die bestaat uit het bestanddeel 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) ontbeert de onderscheidende karakteristieken van de meer traditionele gedraging. Naast de betreffende materieelrechtelijke werking van het daderschap bij zorgplichtbepalingen, dwingt tegelijkertijd de vormgeving van zorgplichtbepalingen tot een onwenselijke verschuiving in de rechtsvorming. De rechter komt in te vergaande mate op de stoel van de wetgever terecht waar de rechter niet anders kan dan invulling te geven aan het materiële strafrecht. De rechter geeft de materieel strafrechtelijke zorgplichtbepaling vorm terwijl hij idealiter dergelijke bepalingen zou moeten toepassen. De wetgever biedt de rechter laatstgenoemde mogelijkheid echter niet waar de wetgever ervoor kiest met zorgplichtbepalingen te werken. De enige oplossing voor dit probleem zou het decriminaliseren van alle wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zijn. Mocht daarvoor niet worden gekozen, zou het tot aanbeveling strekken dat de wetgever weer een disculpatieregeling opneemt ten aanzien van alle delicten met het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) als gedragsbestanddeel. In de wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin zelf zou dan steeds kunnen worden verwezen naar de betreffende (algemene) disculpatieregeling.





## SUMMARY

### *Chapter 1 Introduction*

Chapter 1 discusses the motive of the research. In the past couple of decades, an extending development seems to take place in Dutch criminal law. Within this expansion, all sorts of duties of care are on the rise. Duty of care provisions – in general – are frequently included in various other areas of law besides the field of criminal law. In these other areas, the duty of care provisions can count on more fundamental attention. However, from a criminal law perspective the attention is minimal. This research aims to fill the resulting gap.

Besides explaining the research motive, the first chapter unfolds one of the crucial definitions in the research, that is the definition of ‘statutory penal duties of care in the narrow sense’ (*wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin*). It follows from this definition that the research subject is limited to duties of care that are in fact criminalised in a criminal law statute. The research also finds a limitation in a specific type of duties of care, namely the ones in the more narrow sense that are built up around the verb ‘to take care’.

Finally, chapter 1 contains the central research question: ‘to what extent is it possible within the framework of the rule of law to include an extraordinary appearance of the *actus reus* in contemporary Dutch substantial criminal law in view of the statutory duties of care in the narrow sense’?

### *Chapter 2 Behaving as normative access to punishment*

The second chapter contains the review framework on the basis of which the central research question needs to be answered. For that purpose, subjects of research were (i) why a human act or omission is the basic rule of law principle when it comes to judging the first steps towards punishment; and (ii) what the relation between the legislature and the judiciary means for the aforementioned basic principle.

The government is authorised to punish free individuals. The government does so on behalf of a society that consists of the same free people. These civilians vote and form the legislative body that creates statutes that bind the voting free individuals. The penal regulations that are created by the legislature, regard behaviour that is forbidden. The violation of regulations combined with the fact that the rules are written down (and thus foreseeable and accessible), create the normative grounds on which the government is legitimately allowed to punish. Before punishment takes place, the independent and impartial courts judge whether sanctioning is expedient.

Human behaviour or conduct as the primary principle towards punishment might not be ideal, but it is nevertheless the best option available when compared to theories in which consequences are imputed regardless of who committed or

omitted the crime. The following two characteristics make it so. First, human behaviour is noticeable. And second, it constitutes a unique individual connection between perpetrator and the actus reus. A better alternative on which the practise of criminal law can be based, does not exist.

As concerns the relation between legislature and judiciary, the primacy when it comes to creating criminal law falls to the legislative body. In the end, however, and from a European human rights perspective, it is all about foreseeability and accessibility of criminal law. This relation at the heart of the lawmaking field, has received sufficient attention in Dutch academic criminal law literature. The main focus of the underlying research was therefore aimed at the substantive criminal law side of the statutory penal duties of care (the actus reus). The researched was less focussed on the principle of legality.

### *Chapter 3 Movement within criminal liability*

After the more theoretical second chapter, the third chapter has a focus on substantive criminal law. There are four criteria that should be met for a perpetrator to become punishable. There should be (i) an actus reus that (ii) has been criminalised, (iii) is illegitimate and (iv) can be blamed to the perpetrator.

The research specifically aimed at the first condition: the actus reus. A special form of the actus reus is the 'functional actus reus'. This special form of actus reus in the Netherlands comes down to the conditional imputation of the behaviour of one person to another person. This is especially important in the field of corporate criminal law. With the functional actus reus construction, corporations can commit every thinkable crime and be punished for them.

At the end of chapter 3, it was researched whether there is some kind of movement in the dominant academic views on the actus reus as primary condition towards sanctioning. It was concluded that, although there has been some twists in the conception of actus reus, these twists did not extensively change the traditional concept of criminal liability in general or the actus reus in particular.

### *Chapter 4 Orientation: which duties of care?*

Chapter 4 consists of a catalogue of specific types of crimes that initially seem to share some characteristics with penal duties of care in the narrow sense. Within the duties of care in the *broader* sense, different types of penal duties of care can be distinguished. Some crimes are just vague and have such a broad range that in the legal doctrine they are considered duties of care without any hesitation. An example of such a crime is art. 5 of the Roadtraffic Act (*Wegenverkeerswet*). Other crimes that consist of characteristics that are similar to duties of care, are crimes in which the actus reus is constructed through e.g. omission or possession.

A more kind of penal duties of care, is being formed by the aforementioned duties of care in the *narrower* sense, which were limited to crimes that evolve around the verb 'to take care'. This research was aimed at these last mentioned crimes. The actus reus is constructed along the notion that the perpetrator did not take the care that the legislator wanted him to take. This lack of caretaking,

opens the door towards punishment quite early. That raises the question on how to appreciate these statutory penal duties of care in a narrow sense from a rule of law perspective.

#### *Chapter 5 Statutory penal duties of care in a narrow sense*

The fifth chapter provides an overview of most of the statutory penal duties of care in a narrow sense that can be found in Dutch criminal law. A couple of these duties of care are laid down in the Dutch Criminal Code (*Wetboek van strafrecht*). Most other statutory penal duties of care in a narrow sense are found in the Economic Crime Act (*Wet op de economische delicten*) in which a large number of paragraphs from other statutes are criminalised. Because of the scale, the research selected the four main fields of law that are covered by the Economic Crime Act, namely crimes in financial law, environmental law, labour law and transport law.

As regards the statutory penal duties of care in a narrow sense in the aforementioned fields, two aspects were researched. First, it was researched to what extent the legislature has given thought to the criminalisation of those duties of care. Second, but no less important, the research focused on the way the *actus reus* is realised when the duties of care are applied.

This extensive research resulted in the following findings. The legislature did not pay (much) attention to (i) the decision to criminalise statutory penal duties of care in a narrow sense, (ii) the decision to work with the specific verb 'to take care' in a criminal law context, and (iii) the meaning of duties of care as regards the way the *actus reus* is constituted. Only rarely had the legislature given some thought to the substantive criminal law aspects of duties of care in the narrow sense. Those relevant parliamentary histories are scattered over time and over numerous different laws. The most important explanation given by the legislature dates back to the year 1911.

From the little clues and indications that were found in the minimal statutory history that was encountered, a special construction could be derived concerning the application of *actus reus* in relation to statutory penal duties of care in a narrow sense. This extraordinary construction culminates into chapter 6 along with the positioning of this special *actus reus* within the frameworks of the rule of law and substantive criminal law.

#### *Chapter 6 Curiosities of the actus reus within duties of care*

Chapter 6 starts with listing the questions that came to the surface in chapter 5 as a result of the scattered indications that were found when conducting the research on duties of care throughout a wide array of statutes. Those collected indications are moulded together into an extraordinary construction of the *actus reus* within duties of care in the narrow sense. The way in which a perpetrator can violate the researched duties of care, is highly different from the way in which regular crimes, such as manslaughter or fraud, are constituted. The latter regular crimes both require human behaviour, i.e. a complex of omissive and commissive

behaviour. The former duties of care, however, do not require any form of human behaviour at all. When it comes to duties of care in the narrow sense, the criminal actus reus originates from the mere situation that the legislature had pointed out to be condemnable. This approach can be named a form of 'risk actus reus'. The fact that no human behaviour is needed to constitute actus reus and that the mere situation creates the basis on which punishment will take place in the long run, makes that the first step out of the four steps mentioned above, is fundamentally different at statutory penal duties of care in a narrow sense when they are compared to regular crimes.

Chapter 6 rounds up with discussing two issues. First it positions statutory possibilities of disculpation that are specifically drafted for duties of care. From those special disculpation provisions the content of the verb 'to take care' can be derived. It consists of four cumulative aspects, being (i) providing the necessary means, (ii) giving the necessary orders, (iii) keeping the necessary supervision, and (iv) taking the necessary measures. The second issue addressed in the sixth chapter concerns corporations and the way in which the extraordinary actus reus at duties of care in a narrow sense is applied. It is concluded that the form of 'functional actus reus' usually applied to corporations, should be accompanied by an alternative second form, namely the one that connects to duties of care. It is not obliged to impute the human behaviour to the legal person in order to constitute actus reus. When a statutory penal duty of care in the narrow sense is applied, the actus reus can be found directly at the corporation itself, without the fictional imputation of another person's behaviour.

### *Chapter 7 Final remarks*

In order to be regarded as legitimate from the perspectives of rule of law and substantive criminal law, it became clear in the first chapters that some sort of human behaviour needs to be pointed out in order to make punishment by the government acceptable. Reasons for that view are that human behaviour is noticeable, and secondly, that it constitutes a unique individual connection between perpetrator and the actus reus. A better alternative on which the practise of criminal law can be based, does not exist. Seen from that standpoint, duties of care in the narrow sense should be rejected. Another reason for rejection, follows from the imbalanced lawmaking as the judiciary is being forced to create substantive criminal law while the legislature does not stipulate enough how the verb 'to take care' should be applied when it comes to judging a perpetrator's actus reus.

However, it cannot be denied that these duties of care are a reality. Therefore, rather than rejecting them, a solution for the dilemma should be found. As they probably will not easily be decriminalised, it is recommendable for the legislature to create statutory paragraphs that come along with every single statutory penal duty of care in a narrow sense, and contain the aforementioned disculpation provisions.

## GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- M.V.C. Aalders, 'Zorgplichtbepalingen in de Wet milieubeheer: de uitvoeringspraktijk een zorg?', *Milieu & Recht* 2001-12, p. 304-309.
- M. Ahsmann, 'Van 'delictum' tot 'delict': De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht', in: in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 11-22.
- E.J. Anneveldt, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van deelnemers en andere derden*, (diss. Groningen), 's-Gravenhage: Uitgeverij Excelsior 1953.
- S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006.
- G.A. Biezeveld, 'Zorgplichten in milieuwetgeving', *RegelMaat*, 2008-4, p. 122-130.
- J.R. Blad, 'Strafrechtelijke rechtshandhaving', in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2008, p. 21-42.
- H.W. Blaupot ten Cate, *Eenige opmerkingen over de delicta commissionis per omissionem*, (diss. Groningen), Groningen: Scholtens & zoon 1894.
- P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.
- M. Borgers, 'Legaliteit en wetsinterpretatie in het materiële strafrecht', in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 193-202.
- M.J. Borgers, 'Redelijke wetsuitleg en strafrechtelijke aansprakelijkheid', *Ars Aequi* 2008-3, p. 229-236.
- A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
- M. Bosch en E.Ph.R. Sutorius, *Ch.J. Enschedé. Beginselen van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- S.W. Brenner, 'Is there such a thing as "Virtual Crime"?', *California Criminal Law Review* 2001-4.

P.J.H.M. Brouns, 'Schuld en veiligheid', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2004-6, p. 298-302.

Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Y. Buruma, 'Grenzen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 71-93.

Y. Buruma, 'Vertrouwen in strafrechtspraak', *Nederlands Juristenblad* 2006-39, p. 2225.

Y. Buruma, 'Een al te responsief strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2008-2, p. 105-120.

O.O. Cherednychenko, 'Zorgplichten bij financiële contracten: is er nog een wezenlijke rol voor het contractenrecht weggelegd?', *Contracteren*, 2007-4, p. 85-89.

J.L.H. Cluysenaer, *Daderschap*, (diss. Groningen), Groningen: Erven B. van der Kamp 1939.

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

D.H. Cross, 'Beleggingsaanbevelingen', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 341-362.

W.J.M. Davids, 'Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht', *Nederlands Juristenblad* 2006-39, p. 2237-2241.

A.J. van Deinse, *De algemeene beginselen van strafregt ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche Strafwetgeving*, Middelburg: J.C. & W. Altorffer 1860.

H.A. Demeersseman, 'De levensberoving bij de misdrijven tegen het leven', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 105-114.

J.A.A. Dienen, *On reasonable liability. A comparison of Dutch and Canadian law regarding the limits of criminal liability*, (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1982.

A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulditsluitingsgronden en straf*, (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen:

Maklu Uitgevers 2008.

H. de Doelder, 'Criminal liability of corporations – Netherlands', in: H. de Doelder & K. Tiedemann (red.), *La criminalisation du comportement collectif. Criminal liability of corporations*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 289-310.

M.M. Dolman, 'De actio libera in causa: in hoeverre kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gegrond op verzuim van een voorzorgsplicht?', in: M.M. Dolman e.a. (red.), *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 39-60.

D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht. Een studie inzake strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften uit de bank- en effectenwetgeving*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992.

D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566.

D.R. Doorenbos, 'Nieuw boetestelsel financiële wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2009-13, p. 538-545.

A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht. Noyon-Langemeijer-Rommelink*, Deventer: Kluwer (losbl.).

B.C. Dreimüller, 'De huidige zorgplicht gaat te ver', *Tijdschrift voor Financieel recht*, 2007-3, p. 62-72.

M.J. Dresden, 'De zorgplicht in de milieuwetgeving', *Milieu en Recht*, 1989-2, p. 50-67.

E.D. Drok en C.H.H. Lambers, 'Het protocol uitgegeven door De Nederlandsche Bank en de Verzekeringkamer', *Nederlands Juristenblad* 1993-14, p. 503-504.

J. van Drongelen en D.J.J. Korver, 'De arbeidstijdenwet: het systeem en de handhaving, ofwel over de grenzen van het strafrecht', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2003, p. 307-316.

T. Duijkersloot en R. Ortleip, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid: recente ontwikkelingen in rechtspraak en wetgeving', *Overheid en aansprakelijkheid*, 2006-3, p. 53-62.

P. van Eecke en J. Dumortier, 'De implementatie van het Europese verdrag cybercriminaliteit in de Belgische wetgeving', *Computerrecht* 2003-2, p. 123-133.

J.B. van den Elsen, 'Ouder en voogd niet langer buiten schot. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ouders en voogden voor criminele gedragingen van hun minderjarig kind en pupil', *Nederlands Juristenblad* 2008-10, p. 569-575.

R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997.

R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 407-438.

H.K. Elzinga, 'Medeplegen', in: J.B.J. van der Leij (red.) *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 163-181.

Ch.J. Enschedé, *Een uniform Europees strafrecht? Over grenzen en nationale identiteit*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2006-9, p. 949-958.

R.C. Fransen, *Strafbaar nalaten. De praktische en jurisprudentiële grenzen van het oneigenlijke omissiedelict*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2008.

K. Frielink, *Commentaar Financieel Recht. Deel I Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Sdu 2007.

H. Gartman, *Regtsgeleerde verhandelingen, over lyfstraffelyke misdaden door een voornaam regtsgeleerde*, Amsterdam 1781.

R.A.J. van Gestel en M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch...?', *Nederlands Juristenblad* 2006-36, p. 2050-2056.

N.M. Giphart, 'De implementatie van Europese wetgeving in de Wet op het financieel toezicht', *Sociaal Economisch Weekblad*, 2008-5, p. 171-178.

H. Gommer, 'Gedragsbiologische achtergronden van het recht', *Nederlands Juristenblad* 2007-8, p. 442-447.

E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

E. Gritter, 'Duidelijkheid omtrent corporatief daderschap. Enige beschouwingen naar aanleiding van het Drijfmest-arrest', *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht* 2004-2, p. 31-38.



E. Gritter, 'De antonimiteit van ouderschap en zorgvuldig gedrag', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 63-83.

E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijke persoon', in: J.B.J. van der Leij (red.) *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-31.

M.S. Groenhuijsen, 'Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht', In: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken: Beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 1-19.

M.S. Groenhuijsen, 'Criteria voor strafbaarstelling', *Delikt en Delinkwent* 1993-1, p. 1-6.

C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Reggeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

C.M. Grundmann-van de Krol en F.G.H. Kristen, 'Europese aanpak van marktmisbruik', in: D. Doorenbos e.a. (red.), *Handboek marktmisbruik*, Deventer: Kluwer 2008, p. 9-70.

J.I. de Haan, *Rechtskundige significatie en hare toepassing op de begrippen: "aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekeningsvatbaar"*, (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: W. Versluys 1916.

G.A. van Hamel en T.J. Noyon, *Mr. M. Schooneveld, P.Jz. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876.

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht* (bijgewerkt door J.V. van Dijk), Haarlem: De erven F. Bohn / 's Gravenhage: Gebr. Belinfante 1927.

A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

A.R. Hartmann, 'Una via/Ne bis in idem', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Jurisprudentie strafrecht select 2006*, p. 439-455.

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1956.

R.D. van Heffen, 'Van Slavenburg en IJzerdraad, via Zijpe (NH), naar Ahold', *Onderneming en Financiering*, 2006 (73), p. 31-35.

W. van der Heide en A.Th.J. Eggen (red.), *WODC-rapport Criminaliteit en rechtshandhaving 2006*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 432-435.

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten en E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, 2008.

G. Heine, 'Milieustrafrecht in West-Europa', in: M.G. Faure, J.C. Oudijk & D. Schaffmeister (red.) *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 461-492.

M. Hendriks, 'De belastingadviseur in het fiscale strafrecht en boeterecht', *Weekblad fiscaalrecht* 2007, p. 552-563.

G.T.J. Hoff, 'Regels ter voorkoming van marktmisbruik', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 367-402.

E.J. Hofstee, 'Straf naar de mate van schuld', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 195-214.

A.M. Hol, 'Preventie van criminaliteit en aansprakelijkheid van politie', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 57-66.

F. Hollander, *Wet op de economische delicten. Commentaar op de wet van 22 juni 1950 Staatsblad K 258*, Arnhem: Gouda Quint 1952.

P. Houweling, 'Advisering over zorgplichtbepalingen', *RegelMaat*, 2008-4, p. 144-156.

J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid?*, (Oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.

J. de Hullu, 'De redelijkheid in de strafrechtelijke causaliteit', *ArsAequi*, 1997-1, p. 49-54.

J. de Hullu, 'Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk ouderschap van rechtspersonen', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 273-288.

J. de Hullu, 'Inspiratie uit de West voor een geïntegreerde herziening van het WvSr', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum*

D.H. de Jong, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 155-176.

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

L.H.C. Hulsman, *Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging 1966. Dient het Wetboek van Strafrecht bepalingen te bevatten betreffende het ouderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966, p. 72-157.

L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: E.A. de la Porte e.a. (red.) *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: Uitgeverij In den Toren 1972, p. 80-92.

D.H. de Jong en G. Knigge, *Van Bemmelen-Van Veen. Het materiële strafrecht algemeen deel*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

D.H. de Jong en G. Knigge, *Van Bemmelen-Van Veen. Het materiële strafrecht algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2003.

W.H.A. Jonkers, *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

N. Jörg, *Strafbare rechtspersonen in Amerika*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

C. Kauffman, 'Naar een punitief europees verbintenissenrecht?', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2007-2, p. 799-873.

N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 235-253.

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund, 'Gedragingen in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 1-21.

M. Kessler, 'Het ouderschap van de rechtspersoon', *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht* 2004, p. 106-112.

M. Kessler, 'Beschikkingsmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmestarrest', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wols-

wijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 201-223.

B.F. Keulen, *Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht*, (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1990.

B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

B.J.V. Keupink, 'Enkele opmerkingen over niet-distantiëren bij medeplegen. Een verkenning van een jurisprudentiële ontwikkeling', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 85-106.

B.J.V. Keupink, 'Virtual criminal law in boundless new environments', *International Journal of Technology Transfer and Commercialisation*, 2007-2/3/4, p. 160-170. Een eerdere versie van deze paper verscheen in: S.M. Kierkegaard (red.) *International Trade and Law: Bridging the East-West Divide*, Ankara: Ankara Bar Association press 2007, p. 430-436.

B.J.V. Keupink, 'Materiële waarheidsvinding binnen een gestroomlijnd strafrechtelijk hoger beroep', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 319-333.

B.J.V. Keupink, 'Strafbaarstelling, schade en (im)moraliteit', in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2008, p. 43-62.

F.C. Kist, *Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging 1966. Dient het Wetboek van Strafrecht bepalingen te bevatten betreffende het daderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1966, p. 1-71.

A.H. Klip, *Uniestrafrecht*, (Oratie: Maastricht), Deventer: Kluwer 2005.

G. Knigge, 'Het subsociale en de structuur van het strafbare feit', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 289-300.

G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap', *Delikt en Delinkwent*, 1992-2, p. 128-154.

G. Knigge, 'Dat deed mijn handje. Enige opmerkingen over het ouderschap van de rechtspersoon', in: M. van Kraaij en A. van Veen (red.) *Onderneming en strafrecht. Lustrum Nico Muller 1966-1996*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 11-19.

G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321.

F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2007.

D.C.J.H. Kropveld, *Bijdrage tot de leer van het strafbare laten*, (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Blikman & Sartorius 1889.

S.H. Kuiper, 'Zorgplicht bij beleggen met (arbeids)pensioen', *Tijdschrift voor Financieel recht*, 2008-4, p. 108-118.

N.J.M. Kwakman, 'De causaliteit in het strafrecht. Het vereiste van conditio sine qua non als enige bruikbare criterium', *Nederlands Juristenblad* 2007-16, p. 992-999.

F.A.J. van Lanschot, *Stichtingen als rechtspersonen beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Jacs. Hazenberg, Corns. Zoon. 1856.

J.T.C. Leliveld, 'Dood door schuld in de bouw', *Bouwrecht* 2006-9, p. 796-801.

J.M. Lintz, 'Samenspanning in de Wet terroristische misdrijven', *Delikt en Delinkwent*, 2005-10, p. 1130-1148.

J.M. Lintz, *De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht. Een onderzoek naar de wederzijdse beïnvloeding door de Wet terroristische misdrijven en het Wetboek van Strafrecht en enkele bijzondere wetten*, (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

C.J. Loonstra, M.M. Koevoets & W.A. Zondag, 'Op de grens van strafrecht en arbeidsrecht', in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008, p. 245-284.

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988.

M.A. Loth, 'Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 21-31.

T.F. Lucassen, *De intellectuele dader*, (diss. Utrecht), Utrecht: J. Bijleveld 1883.

G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht', *RM Themis* 2007-4, p. 127-140.

A.J.M. Machielse, 'De strafbaarheid der openlijke geweldpleging', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 319-333.

A.J.M. Machielse en D. Schaffmeister, 'Onrecht en zorgplicht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-52.

P.A.M. Mevis, 'Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden', *Ars Aequi* 1998-11, p. 870-876.

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-35.

P.A.M. Mevis, 'De openheid van het daderschap en strafbaarheid, de geslotenheid van het opzet; rechtsvorming door rechter en wetgever', *Delikt en Delinkwent* 2004-3, p. 336-351.

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

P.A.M. Mevis, 'Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie,' in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie. Preadvies 2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 123-169.

D. Mobbs, H.C. Lau, O.D. Jones, C.D. Frith, 'Law, Responsibility, and the Brain', *PLoS Biology* 2007-4, p. 693-700.

A.E.J. Modderman, *Straf – geen kwaad.*, (oratie Amsterdam), Amsterdam: Frederik Muller 1864.

J. Moorman en J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764.

O. Moorman van Kappen (red.), *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek van 1801 en 1804. Deel I Het Ontwerp-*

*Lijfstraffelijk wetboek 1801*, Zutphen: De Walburg Pers 1982.

O. Moorman van Kappen (red.), *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. De ontwerpen lijfstraffelijk wetboek van 1801 en 1804. Deel II Het Ontwerp-Lijfstraffelijk wetboek 1804*, Zutphen: De Walburg Pers 1982.

A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

G.E. Mulder, 'Vage normen. Beschouwingen over het 'Lex Certa' beginsel', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427.

E. Myjer, 'Rechtspersoonlijk recht op een behoorlijke strafprocedure? Opmerkingen over artikel 6 EVRM en de strafbare onderneming', in: M. van Kraaij en A. van Veen (red.), *Onderneming en strafrecht. Lustrum Nico Muller 1966-1996*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 21-32.

J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985.

W. Nieboer, 'Strafrechtelijke zorgplichten', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 255-270.

W. Nieboer, 'Verzuim', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p.455-464.

W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

J.F. Nijboer, 'Milieuzorg en strafwet; Opmerkingen over de strafbaarstelling van verontreiniging van lucht, bodem en water in het licht van de systematiek van de strafrechtelijke codificatie', in: M.G. Faure, J.C. Oudijk en D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 49-90.

J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.

H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948.

C.E. du Perron en M. van Luyn, *Effecten van de zorgplicht*, Deventer: Kluwer 2008.

W.P.J. Pompe, 'Over de verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer i.v.m. werkstaking', *Nederlands Juristenblad* 1949-33, p. 641-646.

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1959.

H.G. Rambonnet, 'Enkele beschouwingen over de strafbaarheid van gemeenschappen', in: *Opstellen over recht, wet en samenleving. Feestbundel prof. mr. W.P.J. Pompe*, Nijmegen-Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1948, p. 214-245.

J.M. Reijntjes, *Een afrekening. Over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders*, (Afscheidsrede Open Universiteit), Deventer: Kluwe 2005.

J.M. Reijntjes, 'Criteria voor toerekening', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 399-409.

J. Rummelink, 'Artikel 51 Wetboek van strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1963, p. 119-144.

J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971.

J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1991.

J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

J. Rense, 'Rechtspersonen in het strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2005-3, p. 272-298.

D. Roef en Th.A. de Roos, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten', in: M. Faure en K. Schwarz (red.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 49-121.

D. Roef, 'Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij', in: P.L. Bal, E. Prakken en G.E. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-56.

Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel politieke studie*, (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.



B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 81-154.

W. van Rossem, *Hulpverzuim*, (diss. Leiden), Leiden: E.J. Brill 1878.

J.J. de Rovère van Breugel, *Over de aloude vrijheid van handel en nijverheid in Nederland*, Deventer: M. Ballot 1840.

K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998.

K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis*, 1999-4, p. 117-130.

K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Arnhem: Ars Aequi Libri 2006.

K. Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2007-5, p. 465-495.

K. Rozemond, 'Boekbespreking A.A. van Dijk', *Delikt en Delinkwent* 2009-3, p. 218-239.

N. Rozemond, 'De rechtsvindingsleemte in het strafrecht', *RM Themis* 2008-1, p. 13-18.

H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.) *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141.

L.N. Schepers, 'Een wettelijk goedkeuringsrecht van de AVA in het licht van de flex bv', *Vennootschap & Onderneming* 2009-3, p. 63-66.

J.B.H.M. Simmelink, 'Kentekenaansprakelijkheid: risico's of vermoeden van schuld?', *VerkeersRecht*, 2007-3, p. 65-69.

A.P.M. Simonis, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen en haar leidinggevers' in: M.J.G.C. Raaijmakers, R. van Rooij en J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden. Opstellen rond het thema ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 197-210.

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken*, Groningen: P. Noordhoff 1927.

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (herzien en aangevuld door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

P. Smith, *Strafbare voorbereiding: een rechtsvergelijkend onderzoek*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

R. Stijnen, 'Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders. Ontwikkelingen gezien vanuit de financiële toezichtswetgeving', *Nederlands Juristenblad* 2008-4, p. 204-212.

S.A.M. Stolwijk, *Onschuld, vrijspraak en de praesumptio innocentiae*, Afscheidsrede Universiteit van Amsterdam 12 januari 2007.

A.L.J. van Strien, 'Het daderschap van de rechtspersoon bij milieudelicten', in: M.G. Faure, J.C. Oudijk en D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 257-301.

A.L.J. van Strien, 'Het (bewijs van) daderschap van de rechtspersoon naar Australisch en naar Nederlands recht', in M. Faure en K. Schwarz (red.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 123-144.

A.L.J. van Strien, 'Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het daderschap van de rechtspersoon', *Strafblad* 2006-3, p. 234-249.

G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

A.J.P. Tillema, 'Enkele opmerkingen over falende compliance', in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 97-113.

R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1984.

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009.

W.E.C.A. Valkenburg, *Inleiding fiscaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Th.W. van Veen, 'De dader werd onhandelbaar. Wat is een strafbaar feit?' *RM Themis* 1992-8, p. 356-364.

Th.W. van Veen, 'Inleiding materieel strafrecht in beweging', *ArsAequi* 1994-1, p. 8.

W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld*, (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982.

W.H. Vellinga, 'Strafwetgeving als techniek', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer (red.) *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 359-368.

W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in: A. Hartevelt e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 527-546.

F. Vellinga-Schootstra, 'De dader heeft het gedaan', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer (red.) *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 369-380.

F. Vellinga-Schootstra, 'Het daderschap van de natuurlijke persoon', in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985, p. 19-34.

A. Verhoeven, 'Het protocol van De Nederlandsche Bank en de Verzekeringskamer. Reactie', *Nederlands Juristenblad* 1993-28, p. 1022-1023.

P.C. Verloop en A.R. Hartmann, 'Conceptwetsvoorstel wijziging boetestelsel financiële wetgeving gewogen', in: J. de Bruin e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2008*, Nieuwerkerk a/d IJssel: Gelling Publishing 2008, p. 79-88.

M. Viering, 'Criteria voor daderschap van rechtspersonen', *ArsAequi*, 1985-11, p. 587-593.

M. Viersma en B.J.V. Keupink, 'Virtuele criminaliteit: all in the game', in: A.R. Lodder (red.), *Recht in een virtuele wereld: Juridische aspecten van Massive Multiplayer Online Role Playing Games (MMORPG)*, Den Haag: Elsevier juridisch 2006, p. 41-60.

M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.

M.J.C. Visser en A. de Lange, *Milieustrafrecht. Onderzoek en aanbevelingen voor theorie en praktijk (WODC-rapport)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

E.M. Vogelesang-Stoute, *Bestrijdingsmiddelenrecht. Een rechtsvergelijking*, (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 434.

H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink 1950.

M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Enkele aspecten van daderschap', in: A.C. 't Hart, W. Nieboer, G.A.M. Strijards en M.J.H.J. de Vries-Leemans (red.), *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 315-331.

C. Waling, 'De vergunning en het economisch strafrecht', in: P. van Russen Groen, D. Schreuders en C. Waling (red.), *Iets bijzonders. Liber amicorum prof. jhr. mr. M. Wladimiroff*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 157-176.

W. Wedzinga, 'Herziening van de deelnemingsregeling', *ArsAequi* 1994-3, p. 136-142.

W. Wedzinga, 'Passieve medeplichtigheid', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 631-639.

A. Weissmann en D. Newman, 'Rethinking Criminal Corporate Liability', *Indiana Law Journal* 2007 (82), p. 411-451.

L.T. Wemes, 'Strafbaarheid en zelfintoxicatie: actio libera in causa', in: J.L.M. Boek, J.F. Nijboer, R. Rustige, A.L.J. van Strien en L.T. Wemes (red.), *Grensoverschrijdend Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 85-104.

L.T. Wemes, 'Commune delicten betreffende de milieuvervuiling in de sleutel van de schuld', in: M.G. Faure, J.C. Oudijk en D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 205-256.

L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78.

H.G. van der Wilt, 'Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen. Ben ik mijn broeders hoeder?' *Delikt en Delinkwent* 2007-2, p. 138-183.

M. Wladimiroff, *Niets bijzonders*, (oratie UU), Deventer: Kluwer 1989.

M. Wladimiroff, 'Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie', in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 183-196.

A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

A.M. van Woensel, 'Artikel 51', in: C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, 2006.

H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565.

H.D. Wolswijk, 'Feitelijk leiding geven en opdracht geven', in: J.B.J. van der Leij (red.) *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 81-112.



## **CURRICULUM VITAE**

Bart Keupink is geboren op 21 december 1982 te Dordrecht. Hij behaalde in juni 2001 het VWO-diploma aan het Atheneum College Hageveld te Heemstede. Hij begon zijn studie Nederlands Recht aan de Universiteit van Amsterdam. Aan de Erasmus Universiteit Rotterdam studeerde hij in juni 2005 af in de richtingen strafrecht en privaatrecht. Tijdens zijn studie was hij vanaf februari 2003 aangesteld als student-assistent binnen de Sectie Financieel recht van de Erasmus Universiteit Rotterdam en vanaf maart 2003 als buitengriffier in de Sector Bestuursrecht van de Rotterdamse Rechtbank. Vanaf 1 augustus 2005 was hij korte tijd wetenschappelijk medewerker binnen de Sectie Strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij is in diezelfde sectie vanaf 1 januari 2006 tot en met 1 januari 2010 aangesteld geweest als promovendus. Thans is hij advocaat te Amsterdam.